

VOLUME + CİLT: 30 + ISSUE + SAYI: 1 JUNE + HAZİRAN 2024
ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 30 / Issue • Sayı: 1 / JUNE / HAZİRAN • 2024

ISSN: 2529-0142

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. MUSTAFA KURT (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Mehmet AKMAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Doç. Dr. Zafer İÇER (Editör)

Doç. Dr. Kadir BAŞ (Editör)

Doç. Dr. Canan ÜNAL ADINIR (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Ebru ZEYBEK CEBECİ (Editör)

Arş. Gör. Dr. Can YÖNEY

Arş. Gör. Dr. Necdet Umut ORCAN

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Arş. Gör. Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL

Arş. Gör. Kardelen TOKABAŞ

Arş. Gör. Mine Ezgi ÇIRAK

Arş. Gör. Beyza Nur ÇEVİK

Dizgi • Typesetting

Burcu YILDIRIM, Sevinç ZENGİN, Gizem ARICI, Burcu DİKER, Hakan TEMELOĞLU

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 **Fax:** 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 777 1400

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

KAMU HUKUKU

İmar Durum Belgesi

Zoning Status Certificate

Hüseyin Melih ÇAKIR 1

Aşı Nedeniyle Özellikle COVID-19 Aşısı Sonrasında Ortaya Çıkan Zarardan İdarenin Sorumluluğu

Liability of The Administration for Damages Caused by Vaccine Especially After COVID-19 Vaccine

Mutlu KAĞITCIOĞLU, Meliha Sermin PAKSOY 36

Doğanın Hak Öznesi Olarak Kabulü

Recognizing Nature as a Subject of Right

Gonca KURU 70

Eşya Müsaderesinin Olumsuz Koşulu: Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması

Negative Condition of Confiscation of Property: That the Goods Does Not Belong to Good Faith Third Person

Abdülbaki GİYİK 86

Avrupa-Türkiye Karşılaştırmalı Sanal Çocuk Pornografisi: Çocuk Pornografisinde Gerçek Çocuk Yoksa Suç da Yok mudur?

Virtual Child Pornography – A Comparison of Europe and Türkiye: Is It a Crime If There are no Real Children in Child Pornography?

Zeynep REVA 133

The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model

İngiliz Yürütmesinin Gelişimi: Kabine, Başbakan ve Core Yürütme Modeli

Nurullah GÖRGEN 155

Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.2023 Tarihli ve E. 2020/76, K. 2023/172 Sayılı Kararıyla 5651 sayılı Kanun'un Kişilik Haklarının İhlaline İlişkin 9. Maddesinin İptaline İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler

Review and Evaluations Regarding the Annulment of Article 9 of the Law No. 5651 on Violation of Personal Rights by Decision of the the Constitutional Court Dated 11.10.2023 and Numbered 2020/76-2023/172
Neslihan ATEŞ BENEK 184

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Kamu Görevlisi Bilgi Uçuranların Korunmasına İlişkin Çerçevenin Yeniden Değerlendirilmesi

Reassessing the Framework for the Protection of Civil Servant Whistleblowers in the European Court of Human Rights
Dimitrios KAGIAROS, Çeviren: Barış ACUN 205

ÖZEL HUKUK

Türk Ticaret Kanunu m. 105/2 Hükmünü Milletlerarası Usul Hukuku Bakımından Münhasır Yetki Kuralı Olarak Değerlendiren Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararlarının Düşündürdükleri: Münhasır Yetki Kavramı Perspektifinden Bir Eleştiri

Considerations on the Judgments of 11th Civil Chamber of the Court of Cassation Evaluating Article 105/2 of the Turkish Commercial Code as an Exclusive Jurisdiction Rule in Terms of International Procedural Law: A Critique from the Perspective of Concept of Exclusive Jurisdiction
Sibel ÖZEL, Can YÖNEY 229

E-Ticaret Kanunu Değişiklikleri: Rekabeti Koruyor mu Yoksa Engelliyor mu?

Amendments to E-Commerce Law: Protecting or Preventing Competition?
Kerem Cem SANLI, Kadir BAŞ..... 250

Güncel Gelişmeler Işığında İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Yaş Koşulu

The Age Requirement for the Adoption of Minors in Swiss, German and Turkish Laws in the Light of Current Developments
Canan YILMAZ, Dilara ZORLUTUNA..... 278

Doğrudan veya Dolaylı Banka Garantilerinde Uygulanacak Hukukla İlgili Değerlendirmeler Assessments on the Applicable Law Regarding Direct and Indirect Bank Guarantees Hüseyin Akif KARACA.....	294
Ferdi Kaza Sigortasında Daimi Maluliyet Teminatına İlişkin Sigorta Bedeli Alacaklarında Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı Beginning of Statute of Limitations in Receivables Related to Insurance Amount Regarding Permanent Disability Coverage in Personal Accident Insurance Damla KÜÇÜK.....	316
Yalnız Kalma Hakkı Right To Be Let Alone Hakkı Mert DOĞU.....	340
4857 Sayılı İş Kanununa Tabi İşçiler Açısından Aralıklı Çalışmaların Kıdem ve İhbar Tazminatlarına Esas Çalışma Sürelerine Etkisi The Effect of Intermittent Working on the Working Periods for Seniority Pay and Notice Pay for Employees Subject to the Labor Law No. 4857 Faruk Barış MUTLAY	352
Ücret Zammının Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Bakımından Değerlendirilmesi The Evaluation of Wage Increase in terms of Fundamental Change in Working Conditions Ayşe KÖME AKPULAT, Ayşe LEDÜN AKDENİZ	383
İptal Edilebilirlik Yaptırımı: İslam Borçlar Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme Annulability Sanction: An Analysis from the Perspective of Islamic Law of Obligations Emrah GÖKMEN, Seda BAŞ.....	415
Condictio Indebiti: Borç Olmayan Şeyin İfasına Dayanan Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Şartları ve İade Talebine Yönelik Diğer Hukuki Dayanaklarla Sınırlarının Çizilmesi Condictio Indebiti: Conditions of Unjust Enrichment for Performance of Non-Debt and Its Boundaries with Other Legal Grounds Işık Aslı HAN.....	435

İmar Durum Belgesi

Zoning Status Certificate

Hüseyin Melih ÇAKIR* 

ÖZ

İmar düzeninin en önemli parçalarından olan yapılaşmanın ilk aşamasını ya da şartını ruhsat alınması oluşturmaktadır. İmar durum belgesi ise ruhsat başvurusunun eki konumundadır. Bu nedenle imar durum belgesi alınması yapı yapabilmeyen 'ön koşulu' olarak nitelendirilebilecektir. İmar durum belgesinin alınması ve alınması için gerekli olan şartların ortaya konulması, yapılaşmak suretiyle mülkiyet hakkının kullanılabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Ayrıca, belgenin imar planlarının uygulama işlemi olarak kabul edilmesi, imar planlarına karşı dava açma süresinin başlangıcına da doğrudan etki etmektedir. Belgenin ihtiva ettiği bu öneme karşın, belgeye ilişkin mevzuatta yeterli düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, farklı yönde verilen yargı kararlarının varlığı, imar durum belgesine ilişkin öngörülebilir bir hukuki rejimin oluşturulmasını zorlaştırmaktadır. Bu çalışma, imar durum belgesine ilişkin çok sayıda yargı kararı da incelenmek suretiyle, imar durum belgesinin ortak bir hukuki rejime kavuşturulması amacı doğrultusunda gerçekleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: yapı ruhsatı, yapı, imar planı, uygulama işlemi, dava açma süresi

ABSTRACT

The first stage or condition of the construction, which is one of the most important elements of the zoning order, is to obtain a permit. The zoning status certificate serves as an annex to the permit application. For this reason, obtaining a zoning status certificate can be characterised as a 'prerequisite' for making a construction. Obtaining a zoning status certificate and setting out the conditions for obtaining a zoning status certificate is of great importance in terms of exercising the property right through construction. Furthermore, the fact that the certificate is considered as an act of implementation of the zoning plans has a direct impact on the commencement of the term for filing a lawsuit against the zoning plans. Despite the importance of the certificate, there is no adequate regulation in the legislation regarding the certificate. In addition, the existence of contradicting judicial decisions makes it difficult to establish a predictable legal regime regarding the zoning status certificate. This study has been carried out with the aim of establishing a unified legal regime for the zoning status certificate by analysing a large number of judicial decisions regarding the zoning status certificate.

Keywords: construction permit, construction, zoning plan, implementation act, time limit for filing a lawsuit

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye,
Orcid Numarası: 000-0003-3164-3407.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hüseyin Melih ÇAKIR

E-posta/E-mail: melih.cakir@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 20.05.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 28.05.2024

GİRİŞ

Mülkiyet hakkının beraberinde getirdiği yetkilerden biri de mülkün kullanılmasıdır. İdare bu yetkiyi imar hukuku alanında kamu yararı düşüncesinden hareketle sınırlandırmaktadır. Bu sınırlandırma imar planları, imar uygulamaları ve yapı izinleriyle gerçekleştirilebilmektedir. İmar düzeni içerisinde büyük bir önem ifade eden yapılaşmanın ilk aşamasını ya da şartını ruhsat alınması oluşturmaktadır. İmar durum belgesi ise ruhsat başvurusunun eki konumundadır. Bu durumda, imar durum belgesi alınması, yapı yapabilmeyen 'ön koşulu' olarak karşımıza çıkmaktadır. Şu halde, imar durum belgesi ile kişilerin mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Belgenin alınmasıyla yapılaşmaya yönelik ilk adım atılmaktadır. Bu kapsamda, belgenin hukuki niteliği, şartları, verilmesi, belge vermeye yetkili makam, belgenin şekli ve belge alınmasının ortaya çıkardığı sonuçlar birlikte ele alınarak imar durum belgesinin hukuki rejimi tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken, idarenin hareket tarzı ile idari yargı mercilerinin belgeye ilişkin yaklaşımı yakından incelenmelidir. Böylece, imar durum belgesinden kaynaklanan hukuki ihtilafların ortaya çıkışı ve ne şekilde çözümlendiği açıklığa kavuşturulabilecektir. Bu sayede, yapı hakkını kullanmak isteyen kişilerin ve belge verme yetkisine sahip idarenin, imar durum belgesi alınması/verilmesi aşamasında ne yönde hareket etmeleri gerektiğine ve belgenin bahşedeceği haklara dair hukuki öngörülebilirliğin sağlanmasına yardımcı olunabilecektir. Bu çalışmada, imar düzeni içerisinde kişilerin yapı haklarını kullanabilmelerinin ön şartını oluşturan ve yapı ruhsatı alabilmek için edinilmesi gerektiği düzenlenen imar durum belgesinin, tüm yönleriyle ele alınarak kişilerin mülkiyet hakkını gereği gibi kullanabilmelerine katkı sağlanması hedeflenmektedir.

1. TANIM VE HUKUKİ DAYANAK

İmar durum belgesi, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde¹ düzenlenmektedir. 2017 tarihli Yönetmelikten önce mevzuatta tanımı bulunmayan imar durum belgesinin, doktrinde² ve yargı kararlarında³ farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Yargı organları, belgenin şekli,

1 Resmî Gazete Tarihi: 03.07.2017 Resmî Gazete Sayısı: 30113.

2 "İmar durumu, genel olarak parselin imar mevzuatına göre yapılaşma hakkını gösteren resmi bir belge olup, idari davaya konu olabilecek bireysel idari işlem niteliğindedir". Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Seçkin, 2023) 180. "İmar durumu, gerek arsa ve gerekse yapı bakımından, bir imar parselinin durumunu belirten çaplı vesikadır. Bu çapta; ilgili parselin ebadı, hududu, imar planında alacağı şekil, yapının teknik şartları gösterilir". Sadık Artukmaç, *Türk İmar Hukuku* (5.Baskı, Turhan, 1979) 12. "İmar durumu belgesi; bir imar parselinin kullanım şeklini ve yapılması olanaklı yapının özelliklerini; teknik şartlarının ne olması gerektiğini, yolları ve uygulamaya esas olacak diğer bilgileri belirten kadastral durumu da işlenen belgedir". Gürsel Öngören, *Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku* (Öngören Hukuk, 2020) 150.

3 "3194 sayılı İmar Kanunu'nda ve yönetmeliklerde tanımı yer almayan imar durum belgesi; taşınmazın imar planı kapsamında olup olmadığını, taşınmaz için planda öngörülen arazi kullanım kararı ile yapılaşma koşullarını detaylı bir şekilde gösteren, imar planı ve/veya yönetmelik hükümlerine uygun olarak tespit edilen kat adedi, bina yüksekliği, bina derinliği, ön bahçe, arka bahçe ve yan bahçe mesafeleri, bina cephesi gibi hususların rakam ve kroki ile yer aldığı, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı ve plan notları ile Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği ya da Plansız Alanlar Tip İmar Yönetmeliği uyarınca düzenlenen belgedir". Danıştay 6 D, E 2015/4139 K 2019/9062, 10.10.2019. (Danıştay kararına "Lexpera" arama motoru aracılığıyla erişilmiş olup; bundan sonraki Danıştay kararlarının da başkaca referans gösterilmediği takdirde bu arama motoru aracılığıyla temin edildiği anlaşılmaktadır.) "İmar durumu, projelerin hazırlanmasına esas olmak üzere parselin uygulama imar planı ve ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılaşma şartlarını gösteren belge olup...". Danıştay 6 D, E

muhteviyatı, şartları gibi hususlarda önlerine gelen uyumsuzluklarda ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunmuşlardır. 2017 yılında yürürlüğe giren Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 4.maddesinde ise imar durum belgesi tanımlanmıştır. Buna göre imar durum belgesi, “(b)ir parselin; Kanun, uygulama imar planı, plan notlarını ve bu Yönetmelikte yer alan kullanım kararlarını ve yapılaşma şartlarını içeren, yapının inşa edileceği imar parselini sınır ve boyutlarıyla gösteren belgeyi” ifade etmektedir. İmar durum belgesini önemli kılan husus ise, belgenin bir taşınmazda yapı inşasına başlanılmasına imkan veren yapı ruhsatı başvurusu için alınmasının zorunlu olmasıdır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun “yapı ruhsatiyesi” başlıklı 21.maddesine göre, “(b)u Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26ncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatiyesi alınması mecburidir.

Ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır”. Buna göre, kural⁴, yapı yapılabilmesi için ruhsat alınmasıdır. Yapı ise İmar Kanunu'nun 5.maddesinde, “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu nitelikte bir inşaat yapabilmek için ruhsat; ruhsat alabilmek içinse imar durum belgesi almak gerekmektedir. Yönetmeliğin “Yapı ruhsatı işlemleri” başlıklı 55.maddesinde, “(y)apı ruhsatı işleri bu maddede belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır” denildikten sonra; yeni inşaat, ilave ve esaslı tadilat yapmak isteyenlerin parselde ait imar durum belgesinin içerisinde olduğu belgelerle başvuru yapmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır⁵. Şu halde, imar durum belgesi, yapı ruhsatı başvurusunun eki, ruhsat alınabilmesinin koşullarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak bu gerekliliğin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. İmar Kanunu'nun “ruhsat alma şartları” başlıklı 22.maddesine göre, “(y)apı ruhsatiyesi almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi

2016/9078 K 2020/7736, 16.9.2020. “İmar durum belgesi, imar parselinin boyutlarını, sınırını, imar planındaki kullanım şeklini ve yapılacak yapının vaziyet ve teknik şartlarını bir başka deyişle yapılaşma şartlarını gösteren çaplı bir belgedir”. Danıştay 6 D, E 2011/2490 K 2013/3367, 15.5.2013. “İmar durumu belgesi, taşınmazın imar planındaki kullanımını ve varsa yapılanma şartlarını gösteren belgedir”. Danıştay 6 D, E 1992/2699 K 1993/2576, 23.06.1993. “İmar durum belgesi bir imar parselinin gerek arsa gerekse yapılacak yapı bakımından boyutları, sınırı, imar planında gösterilen kullanım şekli ile binanın yapı nizamı, kat adedi gibi teknik şartlarını gösteren bir belge olup, yapılaşma aşamasında ruhsata eklenecek projelerin hazırlanmasına esas alınarak plana uygunluğu sağlayan uygulama işlemidir”. Danıştay 6 D, E 2010/9337 K 2013/1279, 4.3.2013. Mevzuatta yapılan tanım sonrasında da idari yargı yerlerinin imar durum belgesine ilişkin tanımlama çabasının devam ettiği görülmektedir: “İmar durum belgesi; yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren, uygulama imar planı ile plan notları ve ilgili mevzuat uyarınca düzenlenen, projelerin hazırlanmasına esas oluşturan, taşınmaz için öngörülen arazi kullanım kararı ile yapılaşma koşullarını detaylı bir şekilde gösteren belgedir”. Ankara Bölge İdare Mahkemesi (BİM), 5 İDD, E 2019/1403 K 2020/785, 2.10.2020.

4 Ruhsata tabi olmayan yapılar için bkz. Hasan Nuri Yaşar, *İmar Hukuku* (Filiz, 2008) 238 vd; Taner Ayanoglu, *Yapı Hukukunun Genel Esasları* (Vedat, 2014) 75 vd; Ömer Köroğlu, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri* (Oniki Levha, 2017) 29 vd.

5 Madde 55/2: “Yeni inşaat, ilave ve esaslı tadilat yapmak üzere parselde ait imar durum belgesi, yol kotu tutanağı, kanal kotu tutanağı ve uygulama imar planına esas onaylı jeolojik ve jeoteknik etüt raporunun parselin bulunduğu alana esas bölümünü almak için; yapı sahipleri veya vekilleri başvuru dilekçelerine aplikasyon krokisini ve tapu kayıt örneği veya istisnai hallerde tapu kayıt örneği yerine geçen belgeleri ekleyerek ilgili idareye müracaat ederler”.

yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir". Görüldüğü üzere, kanun koyucu ruhsat başvurusunun ekine konulacak belgeleri "sadece" demek suretiyle sayma yoluyla belirlemiştir. Böylece, ruhsat verme yetkisine sahip idarelerin ruhsat başvuruları için ilave belge istemesinin önüne geçilerek, mülkiyet hakkına müdahale edilmesi engellenmek istenmiştir. Buna göre, yapı ruhsatı için yapılacak başvuruya 22. maddede belirtilen belgeler dışında başkaca bir belge eklenmesine gerek olmadığı gibi; idarelerce de bu belgelere ek belge istenemeyecektir⁶.

Ayrıca, İmar Kanunu'nun 44.maddesinde yönetmelikle düzenlenecek konular arasında yapı ruhsatına ilişkin hususlar yer almamaktadır. Buna karşın, yapı ruhsatı alınabilmesi için, ruhsat başvurusu ekinde imar durum belgesinin varlığı, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'yle bir başvuru şartı olarak getirilmiştir. İmar durum belgesinin muhteviyatında⁷ yer alacak bilgilerin edinilmesi (taşınmazın sınırı, imar planında gösterilen kullanım kararı, yapı nizamı, kat adedi vb.) yapı ruhsatı başvurusuna eklenmesi zorunlu olan projelerin hazırlanabilmesi için bir gereklilik olsa da; bu bilgilerin edinilerek ruhsat eki projelerin hazırlanması ile ruhsat başvurusu eki olarak 'imar durum belgesi' adı altında ilave bir belgenin istenilmesi birbirinden farklı hususlardır.

Bir yönüyle bakıldığında, bu şekilde belgelendirme yönteminin benimsenmesinin kişilerin hukuki güvenliğini sağladığı ve onların lehine hukuki durum yarattığı söylenebilecektir. Zira, taşınmazın imar durumunun idareden alınacak belgeye istinaden öğrenilmesi ve bu belgeye dayanılarak yapının projelendirilmesi söz konusudur. Böylece kişiler, idareden aldıkları imar durum belgesi uyarınca idareye güvenerek proje maliyetine katlanacak ve diğer hukuki ilişkilere gireceklerdir. İmar durum belgesi, bu belgeye dayanılarak tesis edilen işlemler yönünden, idarenin belgenin verilmesi sonrasında gerçekleştirebileceği ve zarara yol açan işlemlere karşı kişiler açısından güvence niteliği taşımaktadır⁸. Diğer taraftan bakıldığında ise, ruhsat başvurusu ekinde 3194 sayılı Kanun'un 22.maddesinde belirtilen belgeler dışında idareden alınacak yeni bir belgenin istenilmesi, Kanun'da öngörülmeyen ve/fakat ruhsat başvurusundan önce çözülmesi gereken bir ön sorun yaratabilmektedir: imar durum belgesi edinilmesi⁹. İdareler,

6 Ayanoğlu (n 5) 118.

7 Bu hususta bkz. "Şekil" başlığı.

8 Bu hususta bkz. "Hukuki Güvenlik Sağlaması" başlığı.

9 Bu durumun soruna dönüştüğü bir örnek için bkz. "Davacının hissedarı olduğu A1 Mahallesi, 783 ada, 40-42-599-600 parsel sayılı taşınmazlar için imar durum belgesi verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 05.04.2016 tarih ve 9584 sayılı işlemin; (...) gerekli evrakların tanzim edilip İmar İşleri Müdürü tarafından imzalandığı, belediyenin Teknik İşler Başkan Yardımcısının tamamlanan dosyaya imza atmayarak dosyayı beklemeğe aldığı, dosyanın bekletilme nedeni sorulduğunda iptal edilen 18. Madde uygulamasının hayata geçirileceğini söylediği, aynı zamanda pazarlık teklif ettiği, 300.000 TL bağış yapılırsa imar uygulamasının iptal edileceğini söylediği, pazarlığın belediye başkanı önünde de devam ettiği, 200.000 TL bağış yapmayı kabul etmek zorunda kaldığı, kabul neticesinde terk işlemine ilişkin dosyaların imzalanarak terk işleminin tamamlandığı, akabinde gayrimenkuller üzerinde inşaata başlamak 01.04.2016 tarihinde imar durum belgesi almak için belediyeye başvuru yapıldığı belediyede imar durum belgesinin hazırlandığı, İmar Müdürü tarafından imzalandığı, son imza için dosya önüne gelen Belediye Başkan Yardımcısı'nın yine imzayı atmadığı; 200.000 TL nin yetmeyeceğini, %10 yer veya para verilmesi aksi takdirde 18. Madde uygulamasını başlatacaklarını söylediği; dilekçelerine verilen cevapta 'talebe konu alanda 18. Madde uygulaması yapmak üzere Sakarya Büyükşehir Belediyesi'ne yetki verildiği' ifade edilerek taleplerinin reddedildiği, davalı idarenin taraflarına ait alanlar üzerinden rant sağlamak için her işlemi pazarlık konusu haline getirdiği,

çeşitli -hatta bazen yaratıcı- tutum, davranış ve işlemleriyle hukuka aykırı şekilde imar durum belgesi edinilmesini engelleyebilmekte; bu da kişilerin mülkiyet hakkını kullanmasının önüne geçebilmektedir¹⁰. Bu nedenle, kişilerin mülkiyet hakkının bir görünümü olan yapılaşma hakkını zorlaştırıcı nitelikteki bu şartın Anayasamızın 13.maddesinden hareketle kanunla getirilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

İmar durum belgesinin hukuki niteliğini, idari işlem ve imar uygulaması şeklinde iki farklı yönden ele almak mümkündür

2.1. İDARİ İŞLEM NİTELİĞİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 4.maddesinde imar durum belgesi, “(b)ir parselin; Kanun, uygulama imar planı, plan notlarını ve bu Yönetmelikte yer alan kullanım kararlarını ve yapılaşma şartlarını içeren, yapının inşa edileceği imar parselini sınır ve boyutlarıyla gösteren belge” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan görüldüğü üzere imar durum belgesi, bir parselin İmar Kanunu, uygulama imar planı, plan notları ve Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde yer alan yapılaşmaya ilişkin durumunu göstermektedir. Bir diğer ifadeyle, imar durum belgesi yapının imar planı ve ilgili mevzuatla oluşturulmuş hukuki durumunu gösterici nitelikte bir işlemdir. İmar durum belgesiyle yapının inşa edileceği imar parselinin imar düzeni¹¹ yönünden tespiti yapılmaktadır. İdareler bazı durumlarda imar durum belgesini hatalı¹² şekilde düzenlemek ya da imar planında yer almayan bazı şartlara¹³ imar durumunda yer vermek suretiyle hukuki duruma etki edebilmekle beraber; imar

(...).”İstanbul BİM, 4 İDD, E 2017/944 K 2017/673, 4.7.2017

10 “İmar planları mülkiyet hakkıyla ilgilidir ve bu mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için imar durumu alınmış olması” istenilmektedir. Danıştay 6 D, E 2005/214 K 2007/1461, 9.3.2007.

11 “İmar düzeni denildiği zaman, bir taşınmaz üzerine yapılacak resmi ve özel nitelikli değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların, çeşidine ve amacına göre, hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kurallarının tümünün oluşturduğu bir bütün anlaşılır”. Aydın Zevkliler, *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982) 165.

12 “...(D)ava konusu inşaat ruhsatının alındığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan imar planına göre olması gereken TAKS ve KAKS miktarlarının imar durum belgesinde sehven gösterilmeyerek imar planına aykırı verildiği anlaşılan inşaat ruhsatının iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...”. Danıştay 6 D, E 2008/5425 K 2010/3704, 13.04.2010. “...(D)ava konusu edilen 16.09.2015 tarih ve 931 sayılı imar durum belgesi ile, davacıya 14.02.1991 tarih ve 21 sayılı meclis kararı ile yapılan değişiklikten önceki imar durumunun verildiği, dolayısıyla belgenin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumun sebebinin ise, 14.02.1991 tarih ve 21 sayılı meclis kararı ile yapılan değişikliğin paftaya işlenmediğinden ileri geldiği anlaşılmaktadır”. Konya BİM, 2 İDD, E 2017/2533 K 2018/1698, 31.10.2018.

13 Bu hususta bkz. “Şekil” başlığı.

durum belgesi kural olarak yeni bir hukuki durum yaratmamaktadır. Bu nedenle de icrai olmayan, gösterici¹⁴ ya da tespit edici¹⁵ nitelikte bir idari işlem olarak değerlendirilebilecektir¹⁶.

Ancak Danıştay'ın istikrar kazanmış içtihatları, imar durum belgesinin kesin ve yürütülebilir nitelikte bir idari işlem olduğu yönündedir. Danıştay'a göre, "(i)mar durumu belgesi, imar planlarının ve ilgili yönetmelik hükümlerinin uygulanmasına yönelik bir idari işlem olup, bu tür bir işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu, sonuç doğurucu hukuki durum yaratıcı bir işlem niteliğinde bulunduğu açıktır"¹⁷. İmar durum belgesinin bu niteliği gereğince idari yargıda dava konusu edilmesi mümkündür¹⁸.

- 14 İdarenin kimi işlemleri, ilk bakışta idari işlemlere benzemekle beraber, onlardan ayrılırlar. Bir konu veya sorun hakkında bilgi veren veya görüşünü açıklayan işlemler hukuki durumda değişiklik ve yenilik yapma iradesi taşımadığından, ilgililerin hukuki durumunu etkileme gücünü haiz idari kararlardan sayılmamaktadırlar. İşte ilgililerin istemlerine karşılık veya doğrudan doğruya ortaya konulan bilgi, görüş ve açıklamalar gösterici işlemler olarak nitelendirilmektedir. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul Üniversitesi, 1982) 397, 398. İdarenin icrai olmayan işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (T.C. Danıştay, 1990) 133, 148; Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler"(2004) 9(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 253, 284,, H.Alphan Dinçkol, "İcrai Olmayan İşlem Türlerinden Yol Gösterici İşlemin Hukuki Değeri", (2021) 27(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1107, 1130.
- 15 "İmar durum belgeleri, taşınmazlar için öngörülen yapılaşma hakkını gösteren bir tespit işlemidir". Ayanoglu (n 5) 120. Tespit edici idari işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Onur Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (On İki Levha, 2021).
- 16 "...(D)avanın imar durumuna ilişkin kısmına gelince, imar durum belgesinden sonra davacının komşusuna ait taşınmaz için yapı ruhsat düzenlendiği ve bu işlemin davaya konu edilmediği, bu haliyle uyumsuzluk konusu parsel için verilen imar durum belgesinin idari davaya konu olacak kesin işlem niteliği taşımadığının anlaşıldığı...". Danıştay 6 D, E 2007/4400 K 2009/5413, 11.05.2009. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi de imar durum belgesi talebinin reddinin dava konusu edildiği bir uyumsuzlukta, imar durum belgesi talebinin ruhsat talebinden bağımsız şekilde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki ilk derece mahkemesi kararı gerekçesini isabetli bulmamıştır: "...imar durum belgelerinin inşaat ruhsatına esas olmak üzere yapının nitelik ve niceliğini belirten projelerin hazırlanmasına esas oluşturan arazi kullanım kararı ile yapılaşma koşullarını detaylı bir şekilde gösteren belgelerden ibaret olduğu dolayısıyla imar durum belgesinin tek başına bir anlam ifade etmediği, yapı ruhsatı ile birlikte anlam kazanacağı açıktır. Bu sebeple, yapı ruhsatı ile imar durum belgesinin farklı olduğu ayrı ayrı değerlendirilmesi yönündeki gerekçesinin Mahkeme kararından çıkartılarak kararın onanması gerektiği sonucuna varılmıştır". İstanbul BİM, 4 İDD, E 2017/944 K 2017/673, 4.7.2017. Benzer bir karar için bkz. "...dava konusu işlemin sonuç kısmında ruhsatlarla birlikte imar durum belgesi de iptal edilmiş olup, bilirkişi raporunda her ne kadar imar durumunun imar planına uygun olduğu tespitine yer verilmiş ise de; imar durum belgesinin zaten yapı ruhsatı başvurusuna esas bir belge mahiyetinde olduğu, davacının işbu davaya konu ruhsat iptali işlemi karşısında tekrar ruhsat başvurusu yapması durumunda yeni imar koşullarına göre yeniden imar durum belgesi almasının gerekeceği, bu nedenle de işlem kapsamında ruhsatlar ve eki projelerle birlikte imar durum belgesinin iptal edilmesinde de hukuka aykırı bir bulunmadığı sonucuna varılmaktadır...". Konya BİM, 2 İDD, E 2017/2307 K 2019/564, 20.3.2019. Aksi yönde bkz. Danıştay bir kararında, imar durumu verilmesi talebini, imar planı notlarında yer alan yapılaşma hükümleri nedeniyle taşınmazın bu hali ile yapılaşmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle reddeden işlemi, ruhsat koşullarından bağımsız, imar durum belgesi verilmesi şartları yönünden başvurunun incelenmesi gerektiğinden hareketle iptal etmiştir: "...(İ)mar durumu belgesinin imar planı ve mevzuata göre yapılaşma koşullarını gösteren belge olduğu göz önünde bulundurularak yürürlükte bulunan onaylı plan paftaları ve notlarının getirilmesi suretiyle, dava konusu işlemde belirtilen imar planı notunun somut olay ile örtüşüp örtüşmediği araştırılarak ve yapı ruhsatı verilebilmesi koşullarından ziyade imar durumuna özgü olarak dosyanın yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir". Danıştay 6 D, E 2015/9287 K 2019/8532, 3.10.2019.
- 17 Danıştay 6 D, E 2008/8141 K 2010/6907, 30.06.2010. "Dava konusu edilen 13.12.1991 günlü, D-3/837 sayılı imar çapı imar planlarının ve ilgili yönetmelik hükümlerinin uygulanmasına yönelik bir idari işlem olup, bu tür bir işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu, sonuç doğurucu, hukuki durum yaratıcı bir işlem niteliğinde olduğu açıktır". Danıştay 6 D, E 1994/1769 K 1994/4207, 14.11.1994.
- 18 "...İhale konusu taşınmaza komşu parselde yer alan apartmanın sakinleri (ile) taşınmaza ilişkin İmar Durum Belgesi (...) arasında kişisel, güncel, meşru ve makul bir ilginin bulunduğu anlaşıldığından, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk görülmemiştir". Danıştay 13 D, E 2012/988 K 2014/1400, 14.4.2014.

2.2. UYGULAMA İŞLEMİ NİTELİĞİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

İmar durum belgesi, yargısal içtihatlarla imar planlarının uygulama işlemi olarak kabul edilmektedir¹⁹. Düzenleyici işlem niteliğinde olduğu kabul edilen imar planlarının uygulanmasına yönelik işlemler; taşınmazda uygulama yapılmasına esas teşkil eden ve planda ayrıldığı amacın belirtildiği imar durumu, buna dayalı olarak verilen inşaat ruhsatı, kamulaştırma, parsellasyon gibi işlemler olarak ifade edilmektedir²⁰. Danıştay imar durum belgesini, ihtiva ettiği parsellere ilişkin olarak²¹, yapılaşma aşamasında ruhsata eklenecek projelerin hazırlanmasına esas alınarak plana uygunluğu sağlayan uygulama işlemi olarak nitelendirmektedir²². Danıştay'a göre, "3194 sayılı İmar Kanunu'nun 22. maddesi ile yapı ruhsatı almak için yasanın verilmesini zorunlu kıldığı belgeler, üzerine yapı yapılmak istenilen taşınmazın imar planında gösterilen tahsis şekli, yapı nizamı, binanın niteliği, kat adedi gibi bilgiler olmaksızın düzenlenemeyeceğine göre başvuru üzerine idarece verilen imar durumu belgesinin düzenleyici işlem olan imar planının uygulanması niteliğinde olduğunu kabul etmek zorunludur"²³. İmar planları ile imar durum belgesi arasında kurulacak düzenleyici işlem-bireysel işlem ilişkisi, dava açma süresine doğrudan etki etmesi sebebiyle büyük önem arz etmektedir²⁴. Bu nedenle, mekânsal plan türleri açısından hukuki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Danıştay, imar durum belgesinin uygulama imar planının uygulama işlemi olduğunu istikrarlı şekilde ifade etmektedir²⁵. İdari yargı mercilerinin, imar durum belgesi ile nazım imar planı arasındaki ilişki konusunda ise istikrarlı içtihadının varlığından bahsetmek oldukça güçtür. Belge ile nazım imar planı ilişkisine çoğunlukla dava açma süresi yönünden yaklaşan yargı mercilerinin, belgenin

19 Danıştay 6 D, E 2010/8814 K 2013/1667, 13.3.2013. "İmar planlarının düzenleyici işlemler; imar durum belgelerinin ise planların uygulanmasına yönelik işlemler olduğunda duraksama olmayıp...". Danıştay 6 D, E 2008/5265 K 2010/3576, 09.04.2010. "...(İ)mar durumu belgesi, imar planları açısından uygulama işlemi niteliğinde olduğundan ...". Danıştay 6 D, E 2010/7999 K 2013/205, 25.1.2013.; "...(B)başvuru üzerine idarece verilen imar çapının, düzenleyici işlem olan imar planının uygulanması niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur". Danıştay 6 D, E 1987/1369 K 1988/416, 21.03.1988. "...(İ)mar planlarıyla bu planların uygulanması niteliğindeki imar durumu belgesi hakkında inceleme yapılarak...". Danıştay 6 D, E 2001/6627 K 2003/20, 3.1.2003. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2010/10061 K 2013/206, 25.1.2013; Danıştay 6 D, E 2008/1415 K 2010/1100, 5.2.2010; Danıştay 6 D, E 2008/1416 K 2010/1101, 5.2.2010.

20 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), E 2005/2467 K 2006/503, 8.6.2006.

21 "...(İ)mar durumu belgesi, imar planları açısından uygulama işlemi niteliğinde olduğundan, imar durum belgesi verilmesi üzerine süresi içinde dayanağı uygulama imar planına karşı sadece imar durum belgesinin ihtiva ettiği parseller açısından dava açılabilmesi mümkün ise de, olayda davacılar tarafından maliki olduğu parsel açısından imar durum belgesi aldıktan sonra söz konusu imar durumu belgesine konu taşınmaz dışındaki taşınmazlara yönelik olarak dava açıldığından, 13.12.2009 tarihli imar durum belgesinin dava açma süresini ihya etmeyeceği açıktır". Danıştay 6 D, E 2010/7999 K 2013/205, 25.1.2013.

22 Danıştay 6 D, E 2007/9590 K 2009/10186, 21.10.2009.

23 Danıştay 6 D, E 2005/214 K 2007/1461, 9.3.2007.

24 Bu hususta bkz. "Dava Açma Süresini Canlandırması" başlığı.

25 "...(İ)mar durum belgesi, 1/1000 ölçekli imar planının uygulama işlemi niteliğindedir". Danıştay 6 D, E 2016/3871 K 2020/5687, 18.6.2020. "...(İ)mar durumunun uygulama imar planının uygulaması niteliğinde bir işlem olduğu...". Danıştay 6 D, E 2010/9337 K 2013/1279, 4.3.2013. "İmar hukukunda, imar durum belgesinin yürürlükte bulunan uygulama imar planının uygulanması amacıyla bu plan esaslarına (göre) düzenlenmesi gerekmektedir". Danıştay 6 D, E 2008/7122 K 2010/7516, 9.07.2010. "İmar durum belgesinin ise uygulama imar planının uygulaması niteliğinde bir işlem olduğu...". Samsun BİM, 2 İDD, E 2019/825 K 2020/305, 6.3.2020. "...(İ)mar durum belgesi; bir parselin uygulama imar planı kararları bakımından yapılaşmaya ilişkin durumunu ortaya koyan, Uygulama İmar Planı hükümlerine göre tesis edilen bir işlemdir". Konya BİM, 2 İDD, E 2018/896 K 2019/708, 4.4.2019.

nazım imar planının uygulama işlemi olduğu yönünde kararları olduğu gibi²⁶; aksi yönde kararları da bulunmaktadır²⁷.

İmar durum belgesinin, -kural olarak- çevre düzeni planının uygulama işlemi olmadığı kabul edilmektedir²⁸. Ancak, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu yakın tarihli bir kararında, yapı ruhsatının

26 “Olayda davacı tarafından imar durum belgesi istemiyle Kadıköy Belediye Başkanlığına başvuruda bulunulmuş, Kadıköy Belediye Başkanlığı'nın dava konusu 1/5.000 ölçekli planda ilgili yer park ve dinlenme alanında kaldığından, imar durumu düzenlenemediğine ilişkin cevabı üzerine davacı tarafından 1/5.000 ölçekli Kayışdağı Nazım İmar Planın iptali istemiyle İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına karşı bakılmakta olan dava açılmıştır. (...) Davacı imar durum belgesi istemiyle Kadıköy Belediyesine yaptığı başvuru sonrası verilen cevap üzerine 1/5.000 ölçekli planının iptalini istediğinden, dava açma süresi bakımından, imar durum belgesinin dava konusu 1/5.000 ölçekli imar planının uygulanması niteliğinde bir işlemin olup olmadığı kavuşturulduktan sonra, Mahkemece 1/5.000 ölçekli nazım imar planı yönünden yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir”. Danıştay 6 D, E 2008/5816 K 2010/5279, 24.5.2010. Danıştay, plan onama sınır dışında kalan taşınmazı için aldığı imar durum belgesi ile komşu alanda kalan 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliği arasında bu ilişkiyi kurmuştur: “1/5000 ölçekli nazım imar planında 16.04.2010 tarih ve 258 sa Büyükşehir Meclis kararı ile değişiklik yapıldığı ve yapılan değişikliğin 17.05.2010-18.06.2010 tarihleri arasında askıya çıkarılarak ilan edildiği, askıdan itibaren süresinde dava açılmamakla birlikte uygulama işlemi niteliğinde olan 27.09.2010 tarihli imar durum belgesi üzerine 26.11.2010 tarihinde davanın açıldı anlaşılmıştır.

Her ne kadar davacının taşınmazı plan değişikliğine ilişkin plan onama sınırı içerisinde bulunmamakta ise de; davacıya ait taşınmazların konumunun anılan bölgeye bitişik olması, yapılan değişikliğin yeni koşullar getirmesi karşısında davada sürenin planın bütünlüğüne yönelik olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, imar durum belgesi üzerine davacının taşınmazlarına bitişik alana ilişkin olarak imar planını dava konusu edebileceği sonucuna varılmaktadır”. Danıştay 6 D, E 2012/7224 K 2013/1029, 20.2.2013. “...(D)ava konusu nazım imar planının üst plana aykırı fonksiyon getirdiği, fuar alanının yerinin değiştirilmesini bilimsel açıklayan plan açıklama raporunun bulunmadığı tespit edildiğinden, dava konusu nazım imar planında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan, davacının başvurusu üzerine verilen imar durum belgesinde taşınmazın fuar alanında kaldığını belirttiği, nazım imar planının yukarıda belirtilen gerekçe uyarınca hukuka aykırı olduğunun ortaya çıkarıldığı bu sebeple dayanağı kalmayan imar durum belgesinin de iptali gerektiği sonucuna varılmıştır”. İstanbul BİM, 4 İDD, E 2017/649 K 2017/1038, 17.11.2017.

27 “...(İ)mar durum belgesine dayanarak, askı-ilan sürelerine bağlı kalınmaksızın, düzenleyici işlem mahiyetindeki mevcut uygulamaya imar planının iptali istenebilirken, imar durum belgesine dayanarak nazım imar planının iptalinin istenebileceği kabul edilmemektedir”. Danıştay 6 D, E 2016/293 K 2020/4872, 8.6.2020. “İmar durum belgeleri uygulama imar planlarına göre verilen bir belge olduğundan, uyumsuzluğa konu alanda yapılmış bir uygulama imar planının bulunmaması nedeniyle davacının başvurusu üzerine tesis edilen işlemin, taşınmazın 1/5000 ölçekli plandaki kullanım amacını bildiren bir işlem niteliğinde olduğu, imar durum belgesi olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, imar durum belgesi mahiyetinde olmayan 24.09.2010 tarihli, 2606 sayılı bildirim işleminin idari davaya konu olabilecek kesin ve icrai nitelikte bir işlem olmaması karşısında, davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiğinden davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir”. Danıştay 6 D, E 2012/4277 K 2013/1219, 27.2.2013. “...(D)avacı tarafından plan bilgisi ve imar durumu talebi neticesinde verilen cevaba karşı bakılmakta olan dava açılmışsa da, uygulama imar planı bulunmayan alanda imar durum belgesi tanzimine olanak bulunmaması karşısında nazım imar planının uygulanması niteliğinde olmayan başvurunun dava açma süresini yenilemesine olanak bulunmamakta(dır)...”. İstanbul BİM, 4 İDD, E 2018/2348 K 2019/172, 30.1.2019.

28 “...(D)avacı tarafından imar durumu belgesi istenilmesi üzerine, alanı kapsayan 1/1000 ve 1/5000 ölçekli imar planları bulunmaması nedeniyle imar durum belgesinin düzenlenmediği, imar durum belgesinin 1/100.000 ölçekli Çevre Düzeni Planının uygulama işlemi olmayıp...”. Danıştay 6 D, E 2020/10513 K 2021/2091, 18.2.2021. Aynı yönde bkz. “Dava konusu taşınmazlara ilişkin imar durum belgesi verilmesi isteğiyle yapıla başvurunun taşınmazların imar planında konut alanı olarak gösterildiği ancak çevre düzeni planında yeşil alana isabet ettiği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine bu ret işlemi ile 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planının iptali talebiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır. (...) imar durum belgesi, 1/1000 ölçekli imar planının uygulama işlemi niteliğindedir.

Bu durumda idare mahkemesince imar durum belgesi verilmesi talebinin reddine ilişkin işlem incelenmesi aşamasında sadece 1/1000 ölçekli uygulama imar planı yönünden değerlendirme yapıp iptal kararı verilmesi gerekirken 1/100000 ölçekli plan açısından da değerlendirme yapılmak suretiyle karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2016/3871 K 2020/5687, 18.6.2020.

ancak alana ilişkin 1/1000 ölçekli uygulama imar planına göre hazırlanan imar durum belgesine göre düzenlenebileceğini; çevre düzeni planına istinaden yapılan talebin reddini konu edinen idari işlemi hukuka uygun bulan 6.Daire kararını²⁹ bozmuştur. Yüksek Mahkeme, uygulama işlemlerinin kural olarak 1/1000 ölçekli uygulama imar planına istinaden ve bu plana uygun olarak yapılması gerektiğini belirtmekle beraber; bazı durumlarda nazım imar planı ve hatta çevre düzeni planına istinaden de uygulama işlemi tesis edilebileceği ifade etmiştir: “...(P)arselasyon, ifraz, tevhit, kamulaştırma ya da yapı ruhsatı gibi uygulama işlemlerinin kural olarak 1/1000 ölçekli uygulama imar planına istinaden ve bu plana uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bununla beraber bazı durumlarda, ölçeği ve mahiyeti gereği normal koşullarda az önce anılan uygulama işlemlerine dayanak teşkil etmesine olanak bulunmayan 1/5000 ölçekli nazım imar planı ve hatta 1/50.000 ölçekli çevre düzeni planına istinaden birtakım uygulama işlemlerinin tesis edilmesi mümkündür. Bu tür özellikli durumlarda, uygulama işlemi ile birlikte bu işleme dayanak alınan nazım imar planı ya da çevre düzeni planının da iptali istemiyle dava açılmayacağı kabulü halinde, kişilerin mülkiyet hakkını ilgilendiren uygulama işlemi üzerinde de etkili bir yargısal denetim yapılmasının mümkün olmayacağı açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; uyumsuzluk konusu taşınmazın yürürlükteki 1/50.000 Tuz Gölü Özel Çevre Koruma Bölgesi Çevre Düzeni Planında “rekreasyon alanı” kullanımında kaldığı ve bu taşınmaza yapı ruhsatı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun da çevre düzeni planının rekreasyon alanlarında yapılaşma imkan ve koşullarının düzenlendiği plan hükümleri gerekçe gösterilerek reddedildiği anlaşılmaktadır.

Uyumsuzlukta, taşınmaza yapı ruhsatı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin genel düzenleyici işlem niteliğindeki çevre düzeni planında yer alan plan hükümlerinin uygulama işlemi niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda(...) davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolundaki Daire kararında hukuki isabet bulunmamaktadır³⁰. Görüldüğü üzere Danıştay, idarece tesis edilen işlemin uygulama işlemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine, -plan türünden bağımsız- işlemin hukuki dayanağına ve yapılaşma imkanının var olup olmadığına bakarak karar verilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Şu halde, uygulama ve nazım imar planının imar planının bulunmadığı, yalnızca çevre düzeni planının var olduğu alanlarda, mevcut plan uyarınca yapılaşma imkanının varlığı halinde alınan imar durum belgesini, çevre düzeni planının uygulama işlemi olarak

29 “(İ)mar mevzuatı uyarınca, kapsadığı bölgedeki yapılaşma biçimi ile koşullarını ve arazinin fiziki kullanımını belirleyen imar planları olduğuna göre, planda getirilen yapılaşma koşullarının esas alınması suretiyle taşınmazın imar planındaki durumunu gösteren imar durumu belgesinin düzenlenmesi ve imar planına uygun olarak düzenlenmiş olan imar durum belgesi esas alınarak da yapı ruhsatının verilmesi gerekmektedir. Bu ifadede imar planından kastedilenin 1/1000 ölçekli uygulama imar planı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yapı ruhsatının ancak alana ilişkin hazırlanan 1/1000 ölçekli uygulama imar planına göre hazırlanan imar durum belgesine göre düzenlenebileceği açıktır”. Danıştay 6 D, E 2021/10305 K 2023/159, 17.1.2023.

30 Danıştay İDDK, E 2023/544 K 2023/877, 27.4.2023.

kabul etmek gerekecektir³¹. Nitekim, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'ne³² göre de, bu Yönetmeliğin kapsamına giren alanların, onaylı bir çevre düzeni planı kapsamında kalması halinde, öncelikle çevre düzeni planı kararlarına uyulacağı düzenlenmiştir. (Madde 3)

7221 sayılı Kanunla imar planlarına karşı dava açma süresinin beş yılla sınırlandırılmış olduğu göz önüne alındığında, yapılaşma imkanı versin ya da vermesin, uygulama imar planının bulunmadığı ve/fakat nazım imar planının var olduğu durumlarda ise, imar durum belgesini, nazım imar planının uygulama işlemi olarak kabul edilmesi kişilerin hak arama hürriyeti açısından daha isabetli olacaktır. Nitekim Danıştay da bir kararında, “*imar durum belgesinin 1/100.000 ölçekli Çevre Düzeni Planının uygulama işlemi olmayıp 1/5000 ölçekli nazım imar planı ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planına yönelik dava açma süresini başlatan işlemlerden olduğu(nu)*” ifade etmek suretiyle, belgenin hem nazım hem de uygulama imar planının uygulama işlemi olduğuna işaret etmiştir³³.

İmar durum belgesi ile parselasyon işlemi arasında ise düzenleyici işlem-uygulama işlemi niteliğinde bir ilişki bulunmamaktadır³⁴. Ancak, imar planına dayanılarak tesis edilen parselasyon planı ile aynı plana dayanılarak düzenlenen imar durum belgesi arasında hukuki bir bağ olduğu söylenebilecektir.

31 Bu yönde bkz. “*İdare mahkemesi kararında da belirtildiği üzere dava konusu taşınmazın bulunduğu sahayı da kapsayan 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planı idare mahkemesince iptal edilmiş ise de; iptal edilen planın üst ölçekli planı niteliğindeki Antalya-Burdur-Isparta 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planının hâlen yürürlükte olduğu, bu plan hükümlerinde tarım alanlarında yapılacak yapılara ilişkin düzenlemeler yer aldığı, öte yandan çevre düzeni planının iptalinin her durumda yapı ruhsatlarının iptali sonucunu zaten doğurmayacağı, bu takdirde varsa üst ölçekli çevre düzeni planına göre, devamında buradan hareketle anılan yerde imar planları varsa buna göre, yoksa Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği hükümlerine göre yapının değerlendirilebileceği* açıkltır.

Bu durumda, 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planının idare mahkemesince iptalinden sonra, davalı idarece davaya konu imar durum belgesi ile yapı ruhsatının durumunun öncelikle 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planı hükümlerine göre değerlendirilmesi, buradaki hükümlerde yapılaşma koşulları açıkça belirlenmiş ise bu hükümlere göre, yok eğer Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğine atf varsa bu Yönetmelikteki düzenleme göre mevcut imar durum belgesi ile yapı ruhsatının teknik değerlendirmesinin yapılması, ilgili kurumlardan gerekli görüşlerin alınması ve ancak bu belirtilen hususlarda bir aykırılık bulunması hâlinde gerekçesi açıkça belirtilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekmekte iken, sadece 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planının iptal edilmesi sebep gösterilerek tesis edilen dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır”. Konya BİM, 2 İDD, E 2019/1967 K 2020/870, 9.6.2020. Aksi yönde bkz. “*...(Ç)evre düzeni planında tarım alanı olarak gösterilen taşınmazda, çevre düzeni planında yapılmak istenilen tesisin niteliğine göre belirlenen yapılaşma koşullarına uygun şekilde tarımsal amaçlı yapı yapılabileceği açık olmakla birlikte, imar durumu verilebilmesi için öncelikle uygulama imar planının yapılması ve imar planına uygun şekilde imar durumu belge düzenlenmesi gerekmektedir”.* Danıştay 6 D, E 2015/6498 K 2017/6105, 12.9.2017.

32 Resmî Gazete Tarihi: 02.11.1985 Resmî Gazete Sayısı: 18916 Mükerrer.

33 Danıştay 6 D, E 2020/10513 K 2021/2091, 18.2.2021. Benzer değerlendirme için bkz. “*...(N)azım ve uygulama imar planları bulunmadığından imar durum belgesi verilemeyeceği...*” Danıştay 6 D, E 2016/183 K 2020/5937, 23.6.2020. “*Davacının, başvurusu üzerine düzenlenen dava konusu imar durumu belgelerinin 1/5000 ölçekli nazım imar planının uygulama işlemi niteliğinde olup olmadığı hususu irdelenerek yukarıda anılan Yasa maddesi kapsamında davada süre aşımını bulunup bulunmadığına karar verilmesi gerekmektedir”.* Danıştay 6 D, E 2008/5807 K 2010/3887, 16.04.2010.

34 İmar durum belgesi, parselasyon işleminin uygulama işlemi olarak değerlendirilmemektedir: “*...(İ)mar durum belgesinin parselasyon işleminin uygulanması niteliğinde bir işlem olmadığı göz önüne alınarak...*” Danıştay 6 D, E 2007/2320 K 2009/1799, 24.02.2009. “*...(İ)mar durum belgesinin, imar planı hakkında bilgi veren, yapı ruhsatı aşamasında plana uygunluğu sağlayan uygulamaya yönelik subjektif işlem olduğu, aynı şekilde parselasyon işleminin ise, imar planına uygun ada veya parseller oluşturmaya yönelik subjektif uygulama işlemi olduğu, bu haliyle söz konusu işlemlerin birbirinin dayanağını oluşturmadığı açıktır”.* İzmir BİM, 3 İDD, E 2019/624 K 2019/1063, 4.12.2019. Aksi yönde bkz. “*Olayda davacı tarafından imar durum belgesinin alınması üzerine, dava açma süresi içerisinde uygulama işlemi olarak kabul edilen imar durum belgesinin dayanağı olan parselasyon işlemi ve düzenleyici işlem imar planının iptali istemiyle görülen davanın açıldığı anlaşılmaktadır.*”

Öte yandan Danıştay, belge talebinin reddi işleminin de uygulama işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederken³⁵; belge iptali işlemi uygulama işlemi olarak değerlendirilmemektedir³⁶. Aslında imar durum belgesi verilmesi talebinin reddedilmesi, her zaman imar planına dayanılarak gerçekleştirilen bir işlem olarak karşımıza çıkmayabilir. Belge verilmesi talebinin reddi, imar planının uygulanması niteliği taşımayan, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin talep halinde iki iş günü içerisinde imar durum belgesi verilme zorunluluğunu öngören norma³⁷ aykırı şekilde tesis edilen bir idari işlem olarak tezahür edebilmektedir. Bu yönüyle de, imar durum belgesi verilmesi ile belge talebinin reddi işlemlerinin -Danıştay'ın yerleşik içtihadından bağımsız olarak- birbirinden farklı hukuki nitelik arz ettiği ifade edilmelidir. İmar durum belgesinin verilmesi yapının imar planı ve ilgili mevzuatla oluşturulmuş hukuki durumunu gösterici nitelikte bir işlemken; belge talebinin reddi, belgenin elde edilememesi nedeniyle ruhsat eki projelerin hazırlanmasına ve dolayısıyla ruhsat başvurusuna engel teşkil eden, hukuki durumu olumsuz etkileyen icrai bir idari işlemdir. Danıştay, kişilerin taleplerine rağmen idarece imar durum belgesi verilmemesini 'uygulama işlemi' kabul ederek, imar planlarına karşı dava yoluna gidilmesinin geciktirilmesi ya da engellenmesinin önüne geçmiştir. Bu nedenle, her ne kadar idare hukuku tekniği açısından düzenleyici işlem-uygulama işlemi (imar planı-belge talebinin reddi) bağlantısı her durumda kurulamıyor olsa da, yerleşmiş içtihadın kişilerin hak arama özgürlüğünün kullanımını kolaylaştırdığı ve isabetliliği yadsınamayacaktır.

Bu durumda, dava konusu edilen düzenleyici işlem olan imar planının ve parselasyon işleminin uygulama işlemi olan imar durum belgesi ile öğrenilmesi üzerine dava açma süresi içerisinde parselasyon işlemi ve imar planına karşı açılan davada süre aşımı bulunmadığından...". Danıştay 6 D, E 2015/2846 K 2016/130, 25.1.2016; "...(D)avacı idareye başvuruda bulunan davacıların 28.02.2007 tarihinde taşınmazları ile ilgili imar durumu belgesi aldıkları, anılan belgede imar durumunun Encümence tasdikli parselasyon planına göre verildiğinin belirtildiği, 30.03.2007 tarihinde idare mahkemesi kaydına giren dilekçe ile de davacılar tarafından, 28.02.2007 tarihli imar durumu belgesi ile dayanağı olan uygulama imar planının ve parselasyon işleminin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, uygulama işlemi niteliğindeki 28.02.2007 tarihli imar durumu belgesinin aynı tarihte tebliğ edilmesi üzerine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesi uyarınca hem bu işlemin hem de dayanağı olan, düzenleyici işlem niteliğindeki uygulama imar planının ve parselasyon işleminin iptali istemiyle yasal süre içerisinde dava açılacağından; İdare Mahkemesince 30.03.2007 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir". Danıştay 6 D, E 2007/8807 K 2009/11305, 20.11.2009.

- 35 "İdare Mahkemesince imar durum belgesinin düzenlenmesi yolunda yapılan başvurunun reddi işlemine yönelik olarak, anılan işlemle dava konusu plan kararı arasında nedensellik bağı kurulamadığından anılan başvuru sonrası tesis edilen işlemin davacıya imar planına yönelik yeni bir dava hakkı tanımadığı belirtilmiş ise de, Danıştay Altıncı Dairesinin yerleşik içtihatları uyarınca davacı tarafından imar durum belgesi verilmesi talebiyle yapılan söz konusu başvurunun reddine yönelik işlemin dava konusu plan değişikliğinin uygulama işlemi olarak kabulü gerekmektedir". Danıştay 6 D, E 2011/8145 K 2013/3582, 21.5.2013; Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2012/5114 K 2013/1534, 11.3.2013; Danıştay 6 D, E 2016/3701 K 2016/3044, 23.5.2016; Samsun BİM, 2 İDD, E 2019/825 K 2020/305, 6.3.2020.
- 36 "...(D)ava konusu taşınmaza ilişkin imar durum belgesinin idari bir işlemle iptal edilmesi nedeniyle, davanın açıldığı tarih itibarıyla, 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, dayanak uygulama imar planı ve/veya üst ölçekli imar planlarına dava açma imkanı tanıyacak herhangi bir imar uygulama işleminin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır". Danıştay İDDK, E 2021/258 K 2021/1204, 9.6.2021.
- 37 Bkz. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Madde 55/4.

3. ŞARTLARI

İmar durum belgesi alınabilmesi için imar mevzuatı açısından bazı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 55/2.maddesine göre, “(y)eni inşaat, ilave ve esaslı tadilat yapmak üzere parselde ait imar durum belgesi, yol kotu tutanağı, kanal kotu tutanağı ve uygulama imar planına esas onaylı jeolojik ve jeoteknik etüt raporunun parselin bulunduğu alana esas bölümünü almak için; yapı sahipleri veya vekilleri başvuru dilekçelerine aplikasyon krokisini ve tapu kayıt örneği veya istisnâî hâllerde tapu kayıt örneği yerine geçen belgeleri ekleyerek ilgili idareye müracaat ederler”. Buna göre, imar durum belgesi almak için Yönetmelikte öngörülen ilk şart, “başvuru”da bulunmak olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.1. BAŞVURU

İmar durum belgesi başvuru üzerine verilen bir belgedir. Belge başvurusu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10.maddesi kapsamında gerçekleştirilmiş bir idari başvurudur³⁸. Bu kapsamda, başvuru neticesinde verilen imar durum belgesi ile başvurunun reddi işlemleri, idari yargıda dava konusu edilebilir kesin ve yürütülebilir nitelikte idari işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. İmar durum belgesi başvurusuna ilişkin Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde, “...yapı sahipleri veya vekilleri başvuru dilekçelerine aplikasyon krokisini ve tapu kayıt örneği veya istisnâî hâllerde tapu kayıt örneği yerine geçen belgeleri ekleyerek ilgili idareye müracaat ederler” denilmektedir³⁹. Buna karşın kişiler, taşınmazlarının imar durumuna ilişkin çok farklı içerikte talep ve/veya bilgi isteminde bulunabilmektedirler. Bu da, yapılan başvurunun ve bu başvuruya istinaden tesis edilen işlemin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaları beraberinde getirmektedir. Danıştay, imar planı paftalarının ve plan notu paftalarının verilmesi⁴⁰, tapu verilmesi⁴¹, maliki bulunduğu taşınmazın yürürlükteki imar planında hangi fonksiyona ayrıldığı⁴²nın bildirilmesi⁴², imar uygulamasının mahiyeti ve kamulaştırma

38 “...(D)avacının uyuşmazlık konusu taşınmaza ilişkin imar durum belgesi düzenlenmesi istemiyle 2577 sayılı Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında gerçekleştirdiği...”. Danıştay 6 D, E 2008/5265 K 2010/3576, 09.04.2010.

39 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Madde 55/2.

40 “...(D)avacı tarafından taşınmazların bulunduğu imar planı ve plan notu paftalarının tarafına verilmesi istemiyle yapılan 21.03.2014 tarihli başvurunun sadece bilgi edinme mahiyetinde olduğu, taşınmazın imar durumunun verilmesi istemiyle yapılan bir başvuru niteliğinde olmadığından, anılan başvuru üzerine davalı idare tarafından plan ve plan notu paftalarının davacıya gönderilmesinin uygulama işlemi niteliğinde kabul edilemeyeceği...”. Danıştay 6 D, E 2016/504 K 2017/6677, 25.9.2017. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2016/501 K 2017/6676, 25.9.2017.

41 Danıştay başvurunun imar durumunu konu edinmemesinden hareketle, başvuruya idarece verilen cevapta imar durum belgesinin muhteviyatında yer alan bilgiler var olmasına karşın, belgeyi imar durum belgesi olarak nitelendirmemiştir: “...(D)avacı tarafından, parselde yönelik tapu verilmesi yolunda yapılan 06.02.2015 tarihli başvuru üzerine parselin bir kısmının dava konusu 1/1000 ölçekli uygulama imar planında belediye hizmet alanında kaldığının bildirilmesine yönelik davalı idarece tesis edilen 02.03.2015 tarihli, 1824 tarihli yazının imar durum belgesi ya da bir uygulamaya işlemi niteliğinde kabul edilemeyeceği, sadece bilgi verme niteliğinde olduğu, dolayısıyla bu nitelikteki bir başvuru üzerine tesis edilen işlemin dava açma süresini ihya etmeyeceği açıktır”. Danıştay 6 D, E 2017/69 K 2020/12201, 7.12.2020.

42 Şevki Davut ve Şenol Coşkun, ‘İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi’ (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1209, 1227.

yönünden imar programına alınıp alınmayacağı⁴³ gibi açıkça imar durum belgesi verilmesi istemini konu edinmeyen başvuruları bilgi edinme başvurusu olarak nitelendirmektedir⁴⁴.

Yapılacak başvurunun, yeni inşaat, ilave ve esaslı tadilat yapmak amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Danıştay, uzun yıllardır aynı binada ikamet eden malikin, taşınmazı satın aldığı tarih ile imar durum belgesi talep edilen tarihteki hukuki durumunda değişiklik bulunmayan taşınmaza ilişkin yöneltilen belge talebinin, yeni inşaat, ilave ve esaslı tadilat yapmak amacıyla yapılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir⁴⁵. Bir başka kararında ise Danıştay, idareye yapılan başvuruda, meri imar planına göre taşınmazdan yol geçirilip geçirilmeyeceği veya yol için kesinti yapılıp yapılmayacağı, taşınmazın inşaat yapılmasına uygun olup olmadığının istenilmesini; özellik son kısmın imar durum belgesi kapsamında karşılanması gereken bir talep olduğundan hareketle, başvuruyu ‘imar durum belgesi talebi’ olarak nitelendirmiştir⁴⁶. İmar durum belgesi düzenleme yetkisine sahip idareye yöneltilecek başvurunun konusu ve içeriğinden, başvurunun imar durum belgesi edinilmesine yönelik olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Bu niteliği haiz olmayan, hukuki sonuç doğurmaya yönelmemiş, yalnızca bilgi edinilmesi amacına matuf başvurular idari başvuru⁴⁷ ya da imar durum belgesi talebi; bu talebe karşı verilen cevaplar da imar durum belgesi ve uygulama işlemi olarak nitelendirilmemektedir⁴⁸.

43 “...(B)aşvuruda imar uygulamasının mahiyeti ve kamulaştırma yönünden imar programına alınıp alınmayacağı sorulduğu, davalı idarenin 17/10/2014 tarih ve 5505 sayılı “.... Bahse konu taşınmazın yer aldığı alanda yapılmış 3194 sayılı İmar Kanununun 18. madde uygulaması olmayıp Belediyece yapılmış el atma işlemi bulunmamaktadır.” şeklinde cevap verildiği ve bunun üzerine 18/12/2014 tarihli dilekçe ile söz konusu planın iptali istemiyle bu davanın açıldığı görülmektedir.

Uyuşmazlıkta davacının başvurusunun bir plan değişikliği talebi olmadığı, bunun dışında bir uygulama işleminin tesis edilmediği,...”. Danıştay 6 D, E 2015/3479 K 2016/212, 27.1.2016.

44 “...(D)avanın ise davacının, ... sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca yaptığı 24/12/2014 tarihli başvuruya verilen 29/12/2014 tarihli cevap üzerine 03/02/2015 tarihinde açıldığı, dava açıldıktan sonra, Büyükşehir Belediye Meclisinin ... tarih ve sayılı kararıyla dava konusu taşınmazın bulunduğu alana ilişkin 1/1000 ölçekli revizyon uygulama imar planının onaylandığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, (...) davanın açıldığı tarih itibarıyla, 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, dayanak uygulama imar planı ve/veya üst ölçekli imar planlarına dava açma imkanı tanıyacak herhangi bir imar uygulama işleminin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır”. Danıştay İDDK, E 2021/258 K 2021/1204, 9.6.2021. Bilgi edinme başvurusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı* (Şeçkin, 2005); Ayhan Döner, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları* (Oniki Levha, 2010).

45 Danıştay 6 D, E 2010/8814 K 2013/1667, 13.3.2013.

46 Danıştay 6 D, E 2012/2370 K 2015/368, 3.2.2015.

47 Lütfi Duran, ‘İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi’ (1946) 12(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 130, 139.

48 “...(G)erek Ümraniye Belediye Başkanlığına, gerekse İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına yaptığı başvuruların, plana itiraz veya imar durum belgesi talebi niteliğinde de olmadığı anlaşıldığından...”. Danıştay 6 D, E 2008/2401 K 2010/1961, 2.3.2010.

Öte yandan, imar durum belgesi başvurusunun, maliki ya da hissedarı⁴⁹ olunan parsel ile ilişkin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, maliki olmadığı⁵⁰ ya da mülkiyeti ihtilafı⁵¹ taşınmaz için, kiracı⁵² tarafından veya komşu parsel ile ilişkin⁵³ bilgi ya da belge istemleri imar durum belgesi

49 “Uyuşmazlığı konu taşınmazın hissedarının talebi üzere verilen imar durumu belgesi, taşınmazın imar planındaki kullanım amacı ve yapılaşma koşullarının somutlaştırıldığı bir uygulama işlemi olup; tüm hissedarları ilgilendiren imar durumu üzerine diğer hissedarlar tarafından 1/1000 ve 1/5000 ölçekli planların iptali istemiyle açılan davada süresini bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2011/2490 K 2013/3367, 15.5.2013.

50 “...(Ü)zerinde gecekondulu bulunan taşınmaz için davacının imar durum belgesi için başvurduğu ve anılan yerin uygulama imar planında park (yeşil) alanda kaldığını öğrenmesi üzerine bakılmakta olan bu davanın açıldığı anlaşıldığından, mülkiyeti hazineye ait taşınmaz nedeniyle açılan davada; dava konusu yapılan işlemlerle davacının kişisel, meşru ve güncel bir menfaati bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine ...”. Danıştay 6 D, E 2007/8023 K 2009/6758, 5.6.2009. Aynı yönde bkz. “...(D)avacı tarafından her ne kadar 3. kişiye ait taşınmaz için imar durum belgesi talep edilerek verilmesi üzerine, bu işleme karşı yasal süresi içinde açılan iş bu davada imar durum belgesi ile birlikte dayanağı imar planları da davaya konu edilmiş ise de; uygulama işlemi üzerine, dayanağı düzenleyici işlemin dava konusu edilebilmesi için, öncelikle davacının uygulama işleminin iptalini istemekte menfaatinin, diğer bir ifade ile dava açma ehliyetinin bulunması gerektiği açıktır.

Bu itibarla, dava konusu imar durum belgesine karşı dava açma ehliyeti bulunmayan da bakımından, 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarına askı süresi içinde itiraz etmediği ve söz konusu uygulama işleminin imar planlarına karşı dava açma süresini canlandırması da mümkün olmadığından,...”. Erzurum BİM, 3 İDD, E 2020/295 K 2020/425, 24.9.2020.

51 “...(D)avacı taşınmazına yönelik olarak imar durumu belgesi düzenlenebilmesi için öncelikle, anılan taşınmazdaki çifte tapu durumunun davacı veya hazine tarafından açılacak olan tapu iptal tescil davası ile giderilmesi gerektiği, tapudaki ihtilafı durum çözülmeyen davacı taşınmazı açısından imar durumu düzenlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka görülmemiştir”. Danıştay 6 D, E 2016/6241 K 2020/10814, 12.11.2020.

52 “...(K)iracılık sıfatına dayanarak D.D.Y alanında kalan taşınmaz üzerinde prefabrik ve çelik konstrüksiyondan yapı yapılabilmek için imar durum belgesi verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...”. Danıştay 6 D, E 2008/3307 K 2010/3485, 7.4.2010

53 “...(İ)mar durum belgesi, yeni inşaat, ilave ve esaslı tadilat yapılmak üzere söz konusu yapının sahibi veya vekili tarafından istenebilecek bir belge olup, başka bir parselin imar planındaki durumu hakkında bilgi talep edilmesi üzerine Bursa Büyükşehir Belediyesi İmar Müdürlüğü tarafından davacı vekiline verilen 09/07/2018 tarihli yazının imar durumu belgesi olarak kabul edilmesinin hukuken mümkün görülmemiştir”. Danıştay İDDK, E 2020/1848 K 2021/802, 19.4.2021. Aynı yönde bkz. “...(B)aşka bir taşınmazla ilgili yapılan başvuruya istinaden verilen cevabın (...) imar planlarının uygulanması sayılabilecek bir imar durum belgesi olarak kabul edilemeyeceğinden...”. Danıştay İDDK, E 2012/1640 K 2014/1640, 17.4.2014. “...(D)avacı tarafından maliki olduğu parsel açısından imar durum belgesi aldıktan sonra söz konusu imar durumu belgesine konu taşınmaz dışındaki taşınmazlara yönelik olarak dava açıldığından 13.12.2009 tarihli imar durum belgesinin dava açma süresini ihya etmeyeceği açıktır”. Danıştay 6 D, E 2010/10061 K 2013/206, 25.1.2013. “...(K)omşu parsel malikinin bu belgeyi isteme hakkı bulunmadığı gibi idare tarafından verilmesi halinde de komşu parsel malikinin bu belge nedeniyle meşru ve güncel menfaatinin etkilenmediği açıktır.

Bu durumda, dava konusu imar durum belgesinin başka parsel ile ilişkin olduğu, davacıların bu parselde malik olmadıkları, komşu parsel sıfatıyla imar durum belgesinin iptalini istemekte kişisel, meşru ve güncel bir menfaatlerinin bulunmadığı, bu nedenle davaya konu imar durum belgesi yönünden açılan davanın, ehliyet yönünden reddi gerekmektedir”. İstanbul BİM, 4 İDD, E 2020/1217 K 2020/1320, 19.10.2020. Komşu parsel ile ilişkin istenilen bilgiyi imar durum belgesi kabul etmemekle beraber, uygulama işlemi olarak değerlendirilen bir karar için bkz. “...(K)omşu parsel maliki olan davacının da bu yargılamaya süresinde parsellere ilişkin 1/1000 ve 1/5000 ölçekli planlarla ilgili bilgi verilmesi istemiyle Etimesgut Belediye Başkanlığına 13/06/2016 tarihinde yaptığı başvuruya verilen cevap üzerine 01/07/2016 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar davalı idare tarafından verilen cevap imar durum belgesi niteliğinde değilse de, 1/5000 ve 1/1000 ölçekli imar planları ve parsellasyon işlemi yargı kararlarıyla iptal edilen planlama bölgesine ilişkin yürürlükteki imar planlarını açıklayan, süreçte ilişkin bilgi veren işlemin uygulama işlemi niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır”. Ankara BİM, 5 İDD, E 2017/435 K 2017/202, 9.3.2017. Komşu parsel ile ilişkin maliki tarafından alınan imar durum belgesine karşı menfaati ihlal edilenler tarafından -dayanağı imar planlarına dava açma süresini canlandırmamakla birlikte- dava açılması mümkün olabilecektir. “...K4 adına verilen 10.05.2019 tarihli imar durum belgesinin iptali istemi yönünden, davaya konu edilen yapının, bir belde veya kentte yaşayan tüm insanları veya büyük çoğunluğunu etkileyecek

talebi olarak nitelendirilmemektedir. İdari yargı mercileri, malik olunmayan taşınmazlar için imar durum belgesi istenilmesinin mümkün olmadığını; bu isteme karşılık verilen cevaplara karşı istemde bulunanın dava açmakta menfaati bulunmadığını ifade etmektedirler⁵⁴. Gerçekten de imar durum belgesinin yapı yapmak amacıyla alınan bir belge olması nedeniyle, malik olunmayan, bu nedenle de yapı yapma olanağı bulunmayan parselle ilişkin imar durum belgesi alınması söz konusu olamayacaktır.

3.2. İMAR PLANININ VARLIĞI

Yapı, imar planıyla belirlenmiş imar düzeni ve idarenin imar kolluk yetkisi içerisinde ortaya çıkmaktadır. Bir imar planının ortaya çıkardığı olumlu ya da olumsuz sonuçlar çoğu zaman yapı düzeni (yapılaşma) üzerinden değerlendirilir. Bu nedenle, imar planı ile yapı arasında ‘imar düzeni’ olarak adlandırılan özel bir ilişki bulunmaktadır⁵⁵. Bu kapsamda, planlı alanda imar düzenine uygun yapılaşmanın gerçekleştirilebilmesi için ruhsat, ruhsat içinse imar durum belgesi alınması gerekmektedir.

İmar durum belgesi, “(b)ir parselin; Kanun, uygulama imar planı, plan notlarını ve bu Yönetmelikte yer alan kullanım kararlarını ve yapılaşma şartlarını içeren, yapının inşa edileceği imar parselini sınır ve boyutlarıyla gösteren belge” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hareketle imar durum belgesinin, parselin uygulama imar planı kullanım kararlarını ve yapılaşma şartlarını içeren bir belge olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilebilecektir. Ayrıca, -kural olarak- yapılaşma için uygulama imar planının varlığı aranmaktadır⁵⁶. Nitekim Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 55/16. maddesinde de, yürürlükte olan bir imar planı bulunmayan alanlarda ruhsat düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla uygulama imar planının varlığının imar durum belgesi düzenlenebilmesi için

ölküde önemli bir inşaat olmadığı, yalnızca yapıdan doğrudan etkilenme durumunda olan komşularının veya aynı sokak yahut aynı mahalledeki insanların hukuki ve kişisel menfaatlerini etkileyebileceği, buna karşı davacının K4’ a ait yapının bulunduğu mahallede bir yapısının bulunmadığı, eşinin A1 mahallesinde bir yapısının bulunması nedeniyle davaya konu yapı ile ilgili olarak anlatılan şekilde herhangi bir hukuki, kişisel ve güncel bir menfaatinin söz konusu olamayacağı sonucuna varıldığından davanın bu işlem yönünden ehliyet yokluğu nedeniyle reddi gerektiği sonucuna varıldığı...”. Samsun BİM, 2 İDD, E 2020/678 K 2020/560, 29.9.2020. Komşu parselde yer alan taşınmaz için ruhsat verildikten sonra ise menfaati ihlal olunanlar tarafından ruhsata dava açılması gerektiği; imar durum belgesine dava açılmayacağı hususunda bkz. Danıştay 6 D, E 2007/4400 K 2009/5413, 11.05.2009.

54 Aksı yönde bkz. Danıştay mülkiyeti il özel idaresine ait komşu parselde yer alan taşınmazda kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin alınan ihale kararına ve bu parsel için alınan imar durumuna komşu parsel maliklerinin dava açmakta menfaati olduğuna karar vermiştir: “...(M)ülkiyeti Kütahya İl Özel İdaresi’ne ait, Kütahya Merkez A1 Mahallesi A3 Caddesi 5 pafta, 1635 ada, 85 parselde kayıtlı üzerinde Eski Vali Konağının bulunduğu taşınmazın en fazla ödeme yapan kişi ya da kişilere kat karşılığı ihale edilmesine ilişkin Kütahya İl Genel Meclisi’nce 06.05.2011 tarih ve 114 sayılı kararın alındığı, (...) apartmanın sakinleri olan davacılar tarafından, anılan ihalenin, bu ihaleye dayanak teşkil eden Kütahya İl Genel Meclisi ve Kütahya İl Encümeni kararlarının ve 24.11.2008 tarih ve 2008/499 sayılı İmar Durum Belgesinin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, uyumsuzluğun niteliği ve davacılar tarafından ileri sürülen iddialar göz bulundurulduğunda, ihale konusu taşınmaza komşu parselde yer alan apartmanın sakinleri olan davacıların dava açma ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır”. Danıştay 13 D, E 2012/988 K 2014/1400, 14.4.2014.

55 Yaşar (n 5) 228.

56 Köroğlu (n 5) 247.

bir şart olduğu söylenebilecektir. Nitekim, idari yargı mercilerinin uygulama imar planı olmayan alanlarda imar durum belgesi düzenlenemeyeceği yönünde kararlar verdiği görülmektedir⁵⁷.

Ancak, daha önce de ifade edildiği üzere imar durum belgesi hukuki niteliği itibariyle, hem uygulama hem de nazım imar planının -hatta istisnai hallerde çevre düzeni planının- uygulama işlemi olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Gerçekten de, imar durum belgesi verilebilmesi için mutlaka uygulama imar planının varlığını aramak, idarelerin uygulama imar planını yapmakta geciktiği veya ihmal gösterdiği hallerde; uygulama imar planının bulunmaması nedeniyle nazım imar planına karşı beş yıllık dava açma süresinin geçmesi ve kişilerin hak kaybına uğraması sonucunu doğurabilecektir. Kişilerin imar planında değişiklik istemiyle idareye yapacağı başvuru neticesinde tesis edilecek idari işlemin uygulama işlemi kabul edilmesi suretiyle imar planına dava açılacakları kabul edilmektedir⁵⁹. Ancak, uygulamada idarelerin, imar planından kaynaklanmayan çeşitli gerekçelerle -parsel bazlı plan değişikliği yapılamayacağı, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri toplanmadan başvuru yapılamayacağı, plan değişikliği teklif dosyasının hazırlanmadan dosyanın planı onaylamaya yetkili organa sunulamayacağı gibi- kişilerin imar planda değişiklik yapılması yönündeki taleplerini reddettiği görülmektedir. Bu işlemler sonucu ortaya çıkan ön sorun, imar planlarının yargısal denetiminin gerçekleştirilmesinin önüne geçebilmekte ya da geciktirebilmektedir⁶⁰. Bu durum, hak arama hürriyetini ve idarenin yargısal denetimini zorlaştırmasının yanı sıra, mülkiyet hakkının kullanılmasını da olumsuz etkileyecek niteliktedir. Ayrıca, imar durum belgesi hukuki niteliği gereği yapının inşa edileceği parselinin imar düzeni yönünden tespitini yapmaktadır. Bu tespit, yalnızca uygulama imar planının varlığı halinde gerçekleştirilebileceği söylenemeyecektir. Uygulama imar planının bulunmadığı durumlarda, arazi parçalarının genel kullanım biçimlerini gösteren nazım imar planı uyarınca da imar durum belgesi düzenlenmelidir. Şu halde, imar durum belgesi alınabilmesi için imar planının⁶¹ varlığı yeterli kabul edilmelidir⁶². İmar durum belgesi talep edilmesi halinde; uygulama imar planı varsa, bu plana; yoksa, nazım imar planının var olduğu durumlarda nazım imar planı uyarınca verilecektir.

57 Bu hususta bkz. Danıştay 6 D, E 2015/6498 K 2017/6105, 12.9.2017; Danıştay 6 D, E 2012/4277 K 2013/1219 27.2.2013; İstanbul BİM, 4 İDD, E 2018/2348 K 2019/172, 30.1.2019.

58 Bu hususta bkz. "Hukuki Niteliği" başlığı.

59 "2577 sayılı Yasanın 10.maddesi uyarınca ilgisi tarafından imar planı değişikliği istemiyle yapılan başvurunun yetkili organlarca reddi üzerine dava açma süresi içerisinde hem imar planı değişikliği isteminin reddi işlemine hem de imar planı değişikliği istemine konu imar planına karşı birlikte dava açılması durumunda her iki işlemin birlikte incelenerek karara bağlanması mümkündür". Danıştay 6 D E 2002/6968, K 2004/944, 20.2.2004. "...Uyumsuzlukta davacının başvurusunun bir plan değişikliği talebi olmadığı, bunun dışında bir uygulama işleminin tesis edilmediği...". Danıştay 6 D, E 2015/3479 K 2016/212, 27.1.2016.

60 "...(İ)mar planı değişikliği isteminin yetkili organlarca görüşülerek karara bağlanmaması halinde ise ilk planın açılan davada incelenmesi olanaklı değildir. Ancak yetkisiz organca tesis edilen işlemin yargı yerince iptali sonrasında plan değişikliğinin yetkili organ tarafından karara bağlanması üzerine açılacak davada bu işlemle birlikte imar planı değişikliği istemine konu olan imar planının esasının incelenebileceği de açıktır...". Danıştay 6 D E 2002/6968, K 2004/944, 20.2.2004.

61 3194 sayılı Kanun, Madde 8/1-b: "İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir".

62 "Uyumsuzluk konusu taşınmazın 1/100.000 ölçekli ÇDP'nda kentsel yerleşik alan kullanımında kaldığı ancak, nazım ve uygulama imar planları bulunmadığından imar durum belgesi verilemeyeceği...". Danıştay 6 D, E 2016/183 K 2020/5937, 23.6.2020.

3.3. YAPILAŞMA HAKKININ VARLIĞI ŞART MIDIR?

Bir arazi üzerinde yapı yapabilmek ve bu amaçla ruhsat alabilmek için, arazinin imar planlarında öngörülen fonksiyon çerçevesinde umumi hizmet alanlarına ayrılmamış olması, araziye herhangi bir şekilde yapı yasağı getirilmemiş bulunması ve araziye özel kişilerce yapı yapılacak bir fonksiyon verilmiş olması gerekmektedir. Kısacası, imar planlarında araziye yapılaşma hakkı tanınmış olmalıdır⁶³. İmar durum belgesi de yapılaşmaya ilişkin, ruhsat başvurusunun ekinde yer alan bir belge olduğu için, imar durum belgesi talep edilen parsel(ler)in imar planında özgülendiği fonksiyonunun parsel üzerinde yapılaşma imkanı tanıyıp tanınamasının imar durum belgesi verilmesine etki edip etmediği; belge verilmesi için bir şart olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Bu konuya ilişkin idare uygulamasında tam bir birliktelik olduğundan bahsetmek mümkün değildir. İmar durum belgesi talep edilen parselin; imar planında özel mülkiyete konu yapı yapılamayacak nitelikte dini tesis⁶⁴, park⁶⁵, ağaçlandırılacak alan ve önlemler alan⁶⁶, tarımsal niteliği korunacak alan⁶⁷ olduğu gerekçesiyle, belge taleplerinin idarelerce reddedilebildiği görülmektedir. Bu ret işlemlerinden kaynaklanan ihtilaflarda Danıştay, özel mülkiyete konu yapılaşma imkanı vermeyen parsellere ilişkin olarak yapılaşma koşullarının gösterilmesinin mümkün olmamasına rağmen, taşınmazın arazi kullanım kararının ortaya konularak imar durum belgesi düzenlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Şu halde, imar durum belgesi talep edilen taşınmaza ilişkin imar planında

63 Ayanoğlu (n 5),98.

64 "...(T)aşınmazı ile ilgili olarak 10.09.2012 tarihinde imar durum belgesi talep eden davacıya davalı idare tarafından 11.09.2012 tarihli yazı ile taşınmazın 1/5000 ölçekli nazım imar planında Dini Tesis Alanında kaldığı, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı çalışmaları devam ettiği belirtilerek imar durum belgesi verilmemiş"; bu işlem Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Danıştay 6 D, E 2014/9902 K 2016/3769, 7.6.2016. Aksi yönde bkz. İmar durum belgesi talebine istinaden taşınmazın 'dini tesis alanı'na ayrıldığına dair verilen yazının imar durum belgesi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. "...(U)yuşmazlık konusu taşınmazın imar planında dini tesis alanı fonksiyonuna ayrıldığı, taşınmaza yüklenen bu fonksiyonların niteliği gereği taşınmazın özel mülkiyete konu yapılaşmaya imkan vermediği, bu haliyle taşınmaz için imar çapı düzenlenemeyeceği hususu nazara alındığında, davacının başvurusu üzerine tebliğ edilen davalı idare İmar ve Şehircilik Müdürlüğü'nün 12.06.2014 tarihli ve 100619 sayılı yazısının imar durumu niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmıştır". Danıştay 6 D, E 2015/3710 K 2016/3505, 31.5.2016.

65 "...(U)yuşmazlık konusu taşınmazın 16.05.2014 tarihli dilekçeyle imar durum belgesinin talep edildiği, 30.05.2014 tarihli işlem ile parselin 1/1000 ölçekli Uygulama İmara Planında park alanında kaldığı ve donatı alanlarının kamu eline geçmeden uygulama yapılamayacağı bildirilerek imar durum belgesi verilmediği...". Danıştay 6 D, E 2016/3701 K 2016/3044, 23.5.2016; Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2008/5816 K 2010/5279, 24.5.2010. Park alanında kalan taşınmazlara ilişkin idarece imar durum belgesi düzenlenen aksi yöndeki kararlar için bkz. "...(U)yuşmazlık konusu taşınmazın 1/1000 ölçekli uygulama imar planında kısmen temel eğitim, kısmen park, kısmen trafo, kısmen kanal ve kısmen yol fonksiyonuna ayrıldığı, taşınmaz için üretilen kullanım türü nedeniyle özel mülkiyete konu yapılaşmaya imkan vermediği, bu haliyle taşınmaz için imar çapı düzenlenemeyeceği hususu nazara alındığında, davacının imar durum belgesi talebi üzerine tebliğ edilen davalı idare Fen İşleri Müdürlüğü'nün 13.08.2010 tarihli ve 933 sayılı yazısının ve eki plan paftalarının imar durumu niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir". Danıştay 6 D, E 2011/7218 K 2013/3185, 8.5.2013. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2011/5435 K 2013/3361, 15.5.2013; Danıştay 6 D, E 2012/2884 K 2013/1445, 6.3.2013; İstanbul BİM, 4 İDD, E 2017/1017 K 2017/1297, 21.12.2017; İstanbul BİM, 4 İDD, E 2017/682 K 2017/428, 23.5.2017.

66 Danıştay 6 D, E 2017/3654 K 2020/1998, 18.2.2020.

67 "...(P)arsellerin yola cephesinin olup olmadığı, parsellere Kanun, Yönetmelik ve Uygulama İmar Planı hükümlerine göre yapı yapılıp yapılamayacağına ilişkin açıkladığı, parsellere yapı yapılabilecekse hangi tür yapıların yapılabileceğinin ve hangi yapılaşma koşullarının mevcut olduğunun gösterildiği (her bir parsel için ayrı) imar durum belgesinin düzenlenmesi gerekirken, alanın tarımsal niteliği korunacak alan olduğundan bahisle imar durum belgesi düzenlenmemesine yönelik işlemin hukuka aykırı olduğu...". Konya BİM, 2 İDD, E 2018/896 K 2019/708, 4.4.2019.

yapılaşma hakkının varlığı/yokluğunun, belgenin verilmesi açısından bir şart konumunda olmadığı ifade edilmelidir⁶⁸.

Aynı sonuca, arazi ve arsa düzenlemesi (parselasyon) üzerinden de ulaşmak mümkündür. Bilindiği üzere, uygulama imar planında bir taşınmaza yapılaşma hakkının tanınmış ve yapılaşma koşullarının da belirlenmiş olması, kural olarak yapılaşma faaliyetine geçilerek yapılaşma sürecinin başlayacağı anlamına gelmemektedir. Yapılaşma sürecinin başlangıcını, uygulama imar planının parselasyon işlemi⁶⁹ ve bazı koşullarda ifraz, tevhit imar uygulamaları yöntemiyle, araziye uygulanarak yapılaşmaya uygun imar parsellerinin üretilmesi oluşturmaktadır. Kural olarak, uygulama imar planına uygun olarak yapılan parselasyon işlemi neticesinde imar parselleri oluşturulmadan, yapı ruhsatı düzenlenmesi ve yapı yapılabilmesi mümkün değildir⁷⁰. Bu durumda, -kural olarak- parselasyon işlemi yapılmayan yerlerde, yapılaşma imkanının bulunmadığı; yapılaşma imkanının bulunmadığı alanlara ilişkin ise imar durum belgesi verilmeyeceği düşünülebilir⁷¹. Hatırlanacağı üzere, imar durum belgesi “*yapının inşa edileceği imar parselinin sınır ve boyutlarıyla gösteren belge*”; imar parseli ise, “*(i)mar adaları içerisindeki kadastro parsellerinin İmar Kanunu, İmar Planı ve yönetmelik esaslarına göre düzenlenmiş şekli*”⁷² olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemenin, öncelikle parselasyon aracılığıyla gerçekleştirileceği ve bu işlem yapılmadan, imar durum belgesine

68 Aksı yönde bkz. Danıştay, imar durum belgesi verilmesi talebinin yapılaşmaya imkan tanıyacak şarta bağlı olarak reddedilmesini konu edinen uyumsuzlukta, şartların imar mevzuatı yönünden değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Belgenin, komşu parsel maliki ile tevhit edilmesinin noter onaylı tebliğ şartıyla, kabul edilmemesi durumunda ise, plan değişikliği ile blok nizam şartı getirildiği takdirde verilebileceğinin belirtildiği işlemin yargısal denetiminin şartlar yönünden gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir: “*Dosyanın incelenmesinden, davalı idarece, davacı tarafından imar durumu verilmesi istemiyle yapılan 30.11.2005 günlü başvuruya cevaben verilen 30.12.2005 günlü yazı ve eki Kocaeli Büyükşehir Belediye Başkanlığının 12.12.2005 günlü, 34987 sayılı işlemi, imar durumu verilememesinin yapılaşma koşulları ve mevzuat bakımından nedenlerinin belirtildiği anlaşılmaktadır.*”

Olayda, davacı tarafından imar durumu verilmesi istemiyle yapılan başvuruya davalı idarece verilen cevabın imar durum belgesinde olması gereken bilgileri içerdiği, anılan belgede belirtilen hususlar dikkate alınarak yapılaşmanın gerçekleştirilebileceğinden, Mahkemece imar durum belgesi verilmemesinin nedenlerinin imar mevzuatı bakımından hukuki değerlendirilmesi yapılarak dava konusu işlem hakkında yeniden bir karar verilmesini gerekmektedir”. Danıştay 6 D, E 2007/9590 K 2009/10186, 21.10.2009.

69 “*Parselasyon planlarının işlevi, imar planı bulunan alanlarda parselasyon planı tescil edilmek suretiyle imar planlarına ve imar mevzuatına uygun ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılmasıdır. İmar mevzuatına uygun söz konusu işlemlerin yapılmasının yerleşme yerlerindeki yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun şekilde yapılmasını sağlamaya yönelik olduğunda kuşku yoktur*”. Anayasa Mahkemesi (AYM), E 2021/20 K 2022/84, 30.06.2022. (Anayasa Mahkemesi kararı, Mahkemenin resmi sitesi <https://www.anayasa.gov.tr> adresinden alınmış olup; bundan sonraki kararların da başkaca referans gösterilmediği takdirde resmi siteden temin edildiği anlaşılmalıdır.)

70 Köroğlu (n 5) 246-247.

71 Bu yönde bkz. “... (B)elgenin verilebilmesi için yapılaşma için belge talep edilen alanda parselasyonun yapılmış olması gerekir”. Nurhan Yaprak, ‘İmar Durum Belgesinin Hukuki Niteliği’ (2020) 12 (27) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 53, 59 “*Danıştayın emsal kararları doğrultusunda imar durum belgesinin icrai niteliğini bulunduğu, dolayısıyla sadece bilgi verme ve gösterim amaçlı bir belge mahiyetinde bulunmadığı da açıktır. Bu takdirde imar durum belgesi yine yukarıda belirtildiği üzere yapı ruhsatına esas olan icrai nitelikli bir işlem olup, hâl böyle olunca da imar durum belgesinin imar planı ve yönetmelikleri uyarınca üzerinde (maliklerince özel kullanım amaçlı) yapı yapılması mümkün durumda olan ve parselasyon işlemleri de plana uygun şekilde tamamlanmış parseller hakkında düzenlenebileceği tabiidir. İmar planı uyarınca üzerine yapı yapılmasına olanak bulunmayan taşınmazlar hakkında ise teknik anlamda imar durum belgesi düzenlenmesi mümkün olmayıp, bu taşınmazlara yönelik sadece bilgi edinme amaçlı işlemler tesis edilebilmektedir*”. Konya BİM, 2 İDD, E 2019/151 K 2020/666, 5.3.2020.

72 3194 sayılı Kanun, Madde 5.

konu edilecek ‘imar parseli’nin söz konusu olamayacağı söylenebilecektir. Ancak Danıştay, imar durum belgesinin, imar planlarının uygulama işlemi olduğunu; dolayısıyla, parsellasyon işleminin yapılmaması sebebiyle yapılaşma hakkının tam anlamıyla kullanılabilir hale gelmemesinin, imar durum belgesi verilmesine engel teşkil etmediğini ifade etmektedir⁷³. Yüksek Mahkeme, imar planının varlığını imar durum belgesi verilmesi için yeterli görürken; belgenin alınması sonrasında yapılaşma aşamasına gelindiğinde, imar uygulaması (parsellasyon) gerçekleştirilerek yapı yapmaya uygun parsellerin oluşturulması gerekliliğine de vurgu yapmaktadır⁷⁴. Görüldüğü üzere, imar durum belgesi verilmesi için, belge talebine konu taşınmazda yapılaşma hakkının varlığı ve kullanılabilir olması bir şart olarak karşımıza çıkmamaktadır. Belgenin düzenlenmesinin ise yapılaşmaya izin verildiği anlamına gelmediği ifade edilmelidir.

73 İmar durumu belgesi verilmesi yolundaki talebin, belediye başkanlığı tarafından taşınmaza yönelik olarak henüz parsellasyon yapılmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin işlemi, “halihazırda taşınmazı kapsayan uygulama imar planının mevcut olduğu, söz konusu plana göre taşınmaza ilişkin imar durum belgesinin davacıya verilmesinin gerektiğinden” hareketle iptal eden ilk derece mahkemesi kararı Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay 6 D, E 2017/3884 K 2020/7009, 9.7.2020. Aksi yönde bkz. Danıştay, parsellasyon işlemi yapılmadan, uygulama imar planı esas alınarak düzenlenen imar durum belgesini, yapılaşma düzenini bozduğu gerekçesiyle hukuk aykırı bulmuş ve iptal etmiştir: “Kahramanmaraş İli, Elbistan İlçesi, A1 Mahallesi, 378 ada, 21 parsel sayılı taşınmaza bitişik olan 379 ada, 2 sayılı parsel ile ilişkin olarak imar çapının yenilenmesine yönelik 12.2.2009 tarihli, 57 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; (...) Dosyanın incelenmesinden, davacının komşu parseline 03.05.1998 tarihinde imar çapı verildiği, anılan parsel malikinin başvurusu üzerine dava konusu işlemle imar çapının yenilendiği ve buna göre ya ruhsatının verilerek, inşaata başlandığı, davacı tarafından yenilenen imar çapına istinaden yapı ruhsatı verilerek, yapılaşmaya müsait olmayan kendi parselinin söz konusu parselin bir parçası haline getirildiği, imar planına aykırı hareket edildiği, çekme mesafelerine uyulmadığı, iki parselin tevhit edilmesi gerektiği iddialarıyla anılan parsel ile ilişkin işlemi iptali istemiyle bu davanın açıldığı, Dairemizin 15/10/2014 tarihli, E:2011/2085 sayılı ara kararı üzerine davalı İdarece sunulan bilgi ve belgelerden taşınmaza 1/1000 ölçekli uygulama imar planı uyarınca imar çapı verildiği, imar planında herhangi bir tevhit koşulu getirilmediği, yapılaşma koşullarının bitişik nizam, 4 kat konut+ ticari alan olarak öngörüldüğü taşınmazlarla ilgili herhangi bir parsellasyon işleminin yapılmadığı anlaşılmıştır.

Davacının iddiaları ve parsellasyon işleminin amacı dikkate alındığında, anılan taşınmazların bulunduğu alanda parsellasyon işlemi yapılarak imar planına uygun düzgün yapılaşmanın olabileceği imar parselleri oluşturulmadan ve çevredeki kullanım alanları gözetilmeden bireysel yapılaşma olanağı veren imar çapı düzenlenmesinde ve buna göre yapı ruhsatı verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2011/2085 K 2015/747, 12.2.2015. Aynı yönde bkz. “...(Y)eni bir parsellasyon işlemi yapılmadan davacıya ait taşınmaza ilişkin olarak yapılaşmaya esas imar durum belgesi düzenlenmesi mümkün olmadığından, yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2007/4953 K 2009/5414, 11.05.2009.

74 “Dosyanın incelenmesinden, davacının imar durumu verilmesi yolundaki talebinin, İmar Kanunu’nun 15,16 ve 17. Maddeleri gereğince imar çapı düzenlenemeyeceği gerekçesiyle davalı belediye başkanlığı tarafından reddedildiği görülmekte ise de, halihazırda taşınmazı kapsayan uygulama imar planı mevcut olduğundan, yukarıda yer verilen mevzuat ve açıklamalar uyarınca, söz konusu imar planına göre taşınmaza ilişkin imar durum belgesinin davacıya verilmesi gerektiği sonucuna varılmakta olup, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, İmar durum belgesi verildikten ve yapılaşma aşamasına gelindikten sonra davaya konu taşınmaz ile birlikte 6,7 ve 3 parsel sayılı taşınmazları da kapsayacak şekilde, tüm taşınmazların mevzuata uygun şekilde yapılaşmasını sağlamak amacıyla imar uygulaması yapılması gerektiği açıktır”. Danıştay 6 D, E 2015/734 K 2019/14744, 19.12.2019. Parsellasyon işlemi yapılmaksızın verilen imar durum belgesine istinaden yapılaşmaya gidilmesinin planlamadaki eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri ile imar düzenine aykırılık taşıdığı örnek kararlar için bkz. Danıştay 6 D, E 2010/10067 K 2014/733, 5.2.2014; İzmir BİM, 3 İDD, E 2020/379 K 2020/853, 19.11.2020.

4. BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE BELGE VERİLMESİ

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'ne göre, imar durum belgesi verilmesi şartlarını taşıyan başvuru sonrasında ilgili idare, başvuru tarihinden itibaren en geç iki iş günü içerisinde imar durum belgesini verecektir⁷⁵. İdarenin şartları taşıyan başvuru sonrasında belge verilmesi konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁷⁶. Belirtilen sürede imar durum belgesi veril(e)memesi belge talebinin reddedildiği anlamına gelmemektedir. Şartları taşımayan başvuru neticesinde imar durum belgesinin verilmemesi halinde ise verilmeme gerekçesinin başvuru sahibine aynı süre (iki iş günü) içinde yazılı olarak bildirilmesi zorunludur⁷⁷.

Buna karşın idareler, planlama çalışmalarının devam etmesi⁷⁸, parsel üzerinde yer alan yapı hakkında verilmiş yıkım kararının bulunması⁷⁹, parselin cephe aldığı kadastral yolun imar yolu ile bağı bulunmaması⁸⁰, alana ilişkin nazım ve uygulama imar planların yargı kararıyla iptal edilmiş olması⁸¹, mevzi imar planının hukuka uygun olmaması⁸², imar uygulaması yapma yetkisinin büyükşehir belediyesine devredilmesi⁸³, yol rehabilitasyon uygulama projesine itirazların olması⁸⁴, mahkeme kararının kesinleşmemesi⁸⁵, 'borcu yoktur' yazısının ibraz edilmemesi⁸⁶ gibi çok farklı sebeplerle belge talebini reddedebilmektedirler. Hatta imar durum belgesi verilmemesine ilişkin genel nitelikte işlem tesis edebilmektedirler⁸⁷. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'ne aykırı şekilde, belge verilmesi şartlarını taşıyan başvurunun reddi işleminin hukuka aykırı olduğu ifade edilmelidir.

Başvuru üzerine imar durum belgesi, imar planına uygun şekilde verilmelidir. Danıştay da bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: *"İmar durum belgesi kapsadığı bölgedeki yapılaşma biçimi ile koşullarını ve arazinin fiziksel kullanımını belirleyen genel düzenleyici işlem niteliğindeki imar planının uygulama işlemi niteliğinde olduğundan planda taşınmaz için öngörülen kullanım kararlarını ve varsa yapılaşma koşullarını taşıması, dolayısıyla imar planlarına uygun olarak*

75 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Madde 55/4. Yönetmeliğe göre, imar durum belgesiyle birlikte; onaylı jeolojik ve jeoteknik etüt raporunun bir örneği, yol kotu tutanağı (ya da kot kesit belgesi), ilgili idarelerce gerekli görülen hallerde istikamet rölevesi ayrıca bir başvuruya gerek olmaksızın en geç iki iş günü; kanal kotu tutanağı ise en geç beş iş günü içinde verilmelidir.

76 Aynı yönde bkz. Yaprak (n 72) 65.

77 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Madde 55/6.

78 İzmir BİM, 3 İDD, E 2020/821 K 2020/844, 19.11.2020.

79 Danıştay 6 D, E 2009/9551 K 2013/81, 23.1.2013.

80 Danıştay 6 D, E 2012/3244 K 2013/490, 5.2.2013.

81 Danıştay 6 D, E 2008/11034 K 2010/9451, 18.10.2010.

82 İzmir BİM, 3 İDD, E 2019/536 K 2019/1075, 5.12.2019

83 İstanbul BİM, 4 İDD, E 2017/944 K 2017/673, 4.7.2017.

84 Danıştay 6 D, E 2011/7067 K 2015/949, 19.2.2015.

85 İzmir BİM, 3 İDD, E 2019/1050 K 2019/779, 10.10.2019.

86 Danıştay 6 D, E 2009/8866 K 2013/75, 23.1.2013.

87 "Uşak İli, Sarayaltı, İslice ve Durak Mahallelerinin sınırları belirlenen kısmında kentsel dönüşüm projesi yapılmasına ve bu süreçte taşınmaz maliklerine imar durum belgesi verilmemesine ilişkin 9.4.2007 günlü, 100 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, aynı işleme karşı açılmış E:2007/2192 sayılı davada, 29.2.2008 tarihli, K:2008/436 sayılı kararla dava konusu belediye meclis kararı bütün olarak iptal edildiğinden,...". Danıştay 6 D, E 2008/6281 K 2010/8121, 20.9.2010. Benzer bir karar için bkz. Danıştay 6 D, E 2017/706 K 2019/14758, 19.12.2019.

düzenlenmesi gerekmektedir⁸⁸. Bu kapsamda, imar planına aykırı şekilde düzenlenen⁸⁹ ya da imar planında yer almayan kararları şart olarak getiren⁹⁰ imar durum belgeleri hukuka aykırı nitelik taşımaktadır. Ancak idari yargı mercilerinin imar düzenine uygun yapılaşmanın sağlanması adına, imar durum belgesiyle imar planında bulunmayan⁹¹, hatta imar planına aykırılık içeren⁹² koşulları

88 Danıştay 6 D, E 2008/6747 K 2010/5520, 28.05.2010. “...(İ)mar mevzuatı ve imar planına aykırı olduğu anlaşılan dava konusu imar durumu belgesinin iptaline karar verilmesi gerekirken davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir”. Danıştay 6 D, E 2016/6949 K 2018/5110, 24.5.2018.

89 “...(İ)mar planında Akaryakıt ve LPG satış istasyonu alanına ayrılan taşınmazlara ilişkin 28.04.2006 günlü, 12-461 sayılı imar durum belgesine “taşınmazların bulunduğu alanda imar uygulaması yapılsa dahi Akaryakıt ve LPG satış istasyonu olarak ruhsatlandırılması mümkün değildir” yolunda düşülen notun iptali istemiyle açılmış;(…) davacıya ait uyumsuzluk konusu Akaryakıt ve LPG istasyonunun imar mevzuatında ve Petrol Piyasası Li Yönetmeliği’nde belirtilen mesafe koşulunu sağladığı, tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediğinin anlaşıldığı...”. Danıştay 6 D, E 2008/7187 K 2010/5584, 31.05.2010.

90 “...(D)avacının imar durumu verilmesi yolundaki talebinin, imar planında hastane gelişme alanında kalan taşınmazların bila bedel bağışlanması şartı yerine getirilmeden imar durum belgesi verilemeyeceği belirtilerek davalı belediye başkanlığı tarafından reddedildiği görülmekte ise de, hâlihazırda taşınmazı kapsayan uygulama imar planı mevcut olduğu, yukarıda aktarılan mevzuat ve açıklamalar uyarınca imar durum belgesi verilmesinin bağışlama şartına bağlanmayacağı açık olduğundan, söz konusu imar planına göre taşınmaza ilişkin imar durum belgesinin davacıya verilmesi gerekirken, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde ve davanın reddine dair mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir”. Danıştay 6 D, E 2012/2168 K 2016/1926, 19.4.2016. “...(M)evcut imar planına göre 2 kat yapılaşma hakkına sahip parselde ilave kat için yapı ruhsatı verilemeyeceği gibi parselasyon ya da ifraz suretiyle imar pars oluşturulmadan bir kısmı imar planında yolda kalan taşınmaza yapı ruhsatı verilemeyeceği açık olmakla birlikte, uyumsuzluğun imar durumunda yer alan yola terk işlemi yapılmadan inşaat ruhsatı düzenlenemez” notu yönünden irdelenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlıkta, dava konusu parselle ilişkin olarak özel ve subjektif nitelikteki belirtilen notun imar durumuna işlendiği, anılan notun 1/1000 ölçekli uygulama imar planında karşılığının bulunmadığı, kaldı ki, imar planlarının genel ve objektif nitelikte yapılması gerektiğinden söz konusu notun imar planında yer almasının düşünülmemesi, imar durumu belgesinde yer alan anılan notun hukuki dayanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır”. Danıştay 6 D, E 2016/7272 K 2019/10318, 6.11.2019. “...(İ)mar planları ve imar mevzuatı uyarınca korunması mümkün olmayan trafo yapısının, imar durum belgesi ile getirilen “F1 Elektrik Dağıtım A.Ş.’den uygun görüş alınmadan inşaat yapılamaz.” ibaresi ile korunmasına da olanak bulunmadığı, imar planında konut alanı kullanımında kalan taşınmaz için imar durum belgesi ile getirilen dava konu kısıtlamanın hukuki dayanakta yoksun olduğu sonucuna ulaşıldığından temyizce konu kararın davalının, imar durumu belgesindeki “F1 Elektrik Dağıtım A.Ş.’den uygun görüş alınmadan inşaat yapılamaz ibaresinin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kısmının bozulmasına...”. Danıştay 6 D, E 2016/941 K 2020/8921, 7.10.2020. Aynı yönde bkz. 6 D, E 2016/925 K 2020/8922, 7.10.2020.

91 “...(U)yuşmazlık, (...) imar durum belgesinde getirilen tevhit şartının imar mevzuatı bakımından doğru olup olmadığından kaynaklanmıştır. (...) Dava konusu 35 parsel sayılı taşınmazda inşaat yapılabilmesi için 34 sayılı parselle tevhit şartı getirilmesine ilişkin dava konusu işlemin, 34 parselde yapılaşma koşulları bulunmaması nedeniyle mevzuata uygun olduğu hükme esas alınabilecek nitelikte görülen bilirkişi raporunda detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Bilirkişi raporuna göre her iki parselde tevhit yapılmadan yapılaşmaya geçilmesi, yukarıda yer verilen Kanun ve Yönetmelik hükümlerine uygun olmadığı gibi, esasen fen ve sağlık kurallarına, fiziki çevreye uygun yapılaşmayı ve mevzuata uygun düzenli ve estetik şehirleşmeyi sağlamakla yükümlü olan davalı idarece her iki parsel arasında tevhit şartı getirilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiş olup, aksi yöndeki Mahkeme kararında yasal isabet bulunmamaktadır”. Adana BİM, 2 İDD, E 2020/395 K 2020/419, 17.12.2020.

92 “Dava konusu taşınmazın, Orgeneral ...Kışlasının ve kışlaya ait helikopter pistinin karşısında bulunduğu, taşınmazı kapsayan 1/1000 ölçekli uygulama imar planı hükümlerine göre 2 metreden geniş imar yollarından cephe alan parsellerde kat adedinin 8 kat olarak belirlendiği, taşınmazın 25 metrelik yoldan cephe alması nedeniyle imar planına göre taşınmazda 8 kat yapılaşma öngörüldüğü davacının 05.10.2017 tarihli dilekçeyle taşınmazda 8 kat inşaat yapmak için izin verilmesi istemiyle davalı idareye yaptığı başvuruya cevaben Milli Savunma Bakanlığı İnşaat Emlak Bölge Başkanlığının ...tarihli, ...sayılı yazısına istinaden 5 kat izin verildiğinin belirtildiği üzerine, imar durum belgesinde yer alan “ Milli Savunma Bakanlığı İnşaat Emlak Bölge Başkanlığının ...tarih ve ...sayılı işleme göre 5 sınırlandırılmıştır.” notunun iptali ile taşınmazın yapılaşma koşullarındaki sınırlandırmanın kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. (...) (T)aşınmazın karşısında askeri güvenlik bölgesi bulunup mevcut askeri kışlaya iniş ve kalkış yapan helikopterlerin askeri personel ile birlikte askeri mühimmat da taşıyabileceği dikkate

hukuka uygun olarak değerlendirdiği kararları da bulunmaktadır. İmar durum belgesi hukuki niteliği itibarıyla düzenleyici işlemin (imar planı) uygulama işlemi olduğu için, imar planına uygun ve plan kapsamında tesis edilmesi gerekmektedir. İmar planında var olmayan koşulların imar durum belgesiyle getirilmesi, plan değişikliği anlamına gelebilecektir. Plan değişikliği yapma yetkisine sahip olmayan imar durum belgesi vermeye yetkili makamın, bu sonuca yol açacak şekilde belge düzenlemesi hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır⁹³. Nitekim, istinaf incelemesine konu bir uyuşmazlıkta da, imar planıyla belirlenmesi gereken konuların, imar durum belgesiyle düzenlenmesine imkan tanıyan plan notlarının hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir⁹⁴.

5. YETKİ

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 55.maddesine göre, imar durum belgesi almak için başvuru "ilgili idare"ye yapılmakta; belge, iki iş günü içerisinde "ilgili idare" tarafından verilmektedir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 4.maddesinde ilgili idare, "(y)apı ruhsatı vermeye yetkili idareleri" ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Nitekim bir yargı kararında "(i)mar durumu; (...) ruhsat vermeye yetkili idare tarafından düzenlenen bir belgedir"⁹⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda, belediye sınırları içerisinde ruhsat verme yetkisi belediyelere; belediye sınırları dışında ise bu yetki, 5302 sayılı

alınarak imar planı doğrultusunda 8 kat yapılaşmaya izin verilmesinin hem kışlaya ait helikopter pistine güvenli iniş kalkışı engelleyip engellemeyeceğinin hem de helikopter pistine güvenli iniş ve kalkışın haricinde uçuş güvenliği açısından asgari emniyet irtifasının sağlanıp sağlanmadığının, kaza riski ve bölgenin güvenliği yönünden olası etkilerinin keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tespit edilmesi ve elde edilen sonuca göre yeniden karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile verilen temyize konu Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır". Danıştay 6 D, E 2022/139 K 2022/1353, 10.2.2022. Ayrıca bkz. Danıştay 6 D, E 2016/6005 K 2018/448, 22.1.2018.

- 93 "...(T)aşınmazın 06.10.2000 onay tarihli nazım imar planında jeolojik etüd yapılarına kadar yasaklı alan olarak fonksiyonlandırıldığı, 06.10.2000 onay tarihli ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planında ise J3, L2b ve Y lejantlarında ve jeolojik etüd yapıncaya kadar yapı yasaklı alan kullanımında kaldığı ve max.taks:0,20, max.h:2 kat şeklinde yapılaşma koşullarına sahip olduğu, 23.03.2009 tarihli, 2326 sayılı Gürpınar Belediye Başkanlığı olurlarına göre düzenlenen aynı tarihli imar durum belgesinde ise, taşınmaza uygulama imar planına aykırı bir şekilde max.taks:0,40, max.h:5 kat şeklinde yapılaşma koşulu verildiği ve akabinde de 24.03.2009 tarihli yapı ruhsatlarının düzenlendiği görülmekte olup, ruhsatların, dayanağı olan uygulama imar planına aykırı olduğu, ayrıca plan yapma ve değiştirme yetkisi olmayan belediye başkanının olurlarıyla da imar planına uygun olmayacak biçimde tesis edilen işleme göre düzenlenen imar durum belgesinin...". Danıştay 6 D, E 2014/7901 K 2015/3178, 18.5.2015.
- 94 "Dava (...) Belediye Meclisi'nin 11/04/2017 tarih ve 51 sayılı kararıyla onaylanan 1/1.000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planı ve 1/5.000 ölçekli revizyon ve ilave nazım imar planı ile 3.3.1. sayılı plan notunda yer alan "Bu imar adalarında yapı yaklaşma mesafeleri, açık ve kapalı çıkma ölçüleri, yapı yüksekliği, TAKS ve KAKS değerlerini imar durum belgesinde belirlemeye belediye yetkilidir." şeklindeki ifadenin iptali istemiyle açılmıştır.(...) Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinde getirilen tanıma ve aynı Yönetmeliğin 24/4. maddesi hükmüne aykırı olarak getirilen, aynı imar adası içerisinde bulunan parsellerde farklı emsal ve yapı yoğunluğu oluşmasına imkan tanıyacak ve uyması zorunlu Yönetmelik hükümlerine aykırı kararlar alacak şekilde davalı Belediyeye toplam inşaat alanını belirleyen KAKS ya da emsal tayin etme yetkisi veren, planla belirlenen nüfus dağılımını değiştirmeye ve dolaylı olarak toplam nüfusu arttırmaya imkan vermesi sebebiyle bütünsel olarak imar planındaki planlama nüfusuna göre ayrılan sosyal ve teknik altyapı alanlarındaki standartların düşmesine olanak sağlayan, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı ile biçimlendirilen yapı adalarının imar durumu verilmesi aşamasında değiştirilmesine imkan sağlamak suretiyle planla öngörülen mekân oluşumunu bozarak plansız ve daha düşük kalitede yapıların oluşmasına sebebiyet verecek şekilde düzenlenen ve yapılaş koşullarının belirlenmesi bakımından soyut ve belirsiz bir kural niteliğinde olan plan notunun dava konusu edilen kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı...". Samsun BİM, 2 İDD, E 2019/724 K 2020/2, 7.1.2020.
- 95 İstanbul BİM, 4 İDD, E 2020/1015 K 2020/1164, 25.9.2020.

İl Özel İdaresi Kanunu'na göre il özel idarelerine aittir. Büyükşehir belediyesi olan yerlerde ruhsat verme yetkisi ise ilçe belediyelerine aittir⁹⁶. Bunun yanı sıra, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının ruhsat verme yetkisine sahip olduğu^{97 98} ya da ruhsat vermeye yetkili idareye ilişkin özel düzenlemelerin⁹⁹ yer aldığı mevzuata da rastlanılmaktadır.

Belediye idaresi içerisinde ruhsat (imar durum belgesi) düzenleme yetkisini kullanacak organa ilişkin yetkili makam açıkça belirtilmemiş olsa da; bu yetki, belediye tüzel kişiliğini temsilen belediye başkanı ya da onun yetkilendireceği kişi/makama aittir. Belediye başkanı iradesi olmaksızın belediye idaresi içerisinde yer alan kişi, makam ya da organın belge düzenleme yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁰. Nitekim Danıştay da belediye encümeni tarafından düzenlenen imar durum belgesini yetki yönünden hukuka aykırı bulmuştur¹⁰¹.

İmar durum belge iptali konusunda da, yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca, belgeyi düzenlemeye yetkili makamın, belge iptali konusunda da yetkili olduğu ifade edilmelidir¹⁰². Buna karşın Danıştay bir kararında, belediye başkanının da katıldığı encümen toplantısında imar durum belgesinin iptal edilmesini hukuka uygun bulmuştur¹⁰³. Bu kararın isabetli olmadığı söylenmelidir. Zira, her ne kadar belediye encümeninin teşkilinde belediye başkanına yer verilmiş olsa da; encümen, kanunda yazılı görevleri yerine getirmek üzere oluşturulmuş belediye organıdır. 5393 sayılı Belediye Kanunu ya da diğer kanunlarda belediye encümenine verilmemiş olan imar durum belgesi verme/iptal etme yetkisinin, belediye başkanının encümenin teşkilinde yer almasından hareketle varlığını savunmak mümkün görünmemektedir.

96 Kalabalık (n 3) 441.

97 Bkz. 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Madde 97.

98 “...(M)evzuat uyarınca belirli şartlar altında Çevre ve Şehircilik Bakanlığının yapı ruhsatı, yapı kullanma izni verebileceği ve diğer imar uygulama işlemlerini yapabileceğinden, bu kapsamda olmayan uyumsuzluk konusu taşınmaza ilişkin imar uygulama işlemlerini yapma yetkisinin ilgili belediye başkanlığına ait olması karşısında, davalı Bakanlıkça tesis edilen dava konusu işlemin yetki yönünden açıkça hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır”. Danıştay 6 D, E 2020/6557 K 2021/10401, 30.9.2021.

99 Örnek olarak bkz. Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği, Madde 42/1; 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, Madde 9; 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu, Madde 4/C.

100 Oğuz Sancakdar, *İmar Hukuku* (2.Baskı, Seçkin, 2024.) 456.

101 “...(i)mar durumu istemi üzerine davalı belediye başkanlığınca veya ilgili birimce imar durum belgesi verilmesi yolunda işlem tesis edilmesi gerekirken, bu konuda yetkisi bulunmayan belediye encümenince karar alınmasında hukuka uyarlık bulunmadığından...”. Danıştay 6 D, E 2008/2771 K 2010/2300, 8.3.2010.

102 Bu yönde bkz. “...(M)evzuatında yapı ruhsatı, yapı kullanma izni ve imar durum belgesini vermekle yetkili kılınan idarenin aynı şekilde anılan işlemlerin iptali konusunda da tek yetkili olduğu tartışmasız olup, aksine bir düzenlemenin de bulunmadığı görüldüğünden, belediye başkanı tarafından verilmiş bulunan inşaat ruhsatı, imar durum belgesi ve yapı kullanma izinlerinin yetkide paralellik ilkesi uyarınca yine belediye başkanı ya da görevlendireceği bir yetkili tarafından iptal edilmesi (geri alınması) gerekirken; bu ilkeye aykırı olarak Belediye Encümenince anılan işlemlerin iptali yönünde tesis edilen 18.11.2015 tarih ve 2015/1189 sayılı Encümen Kararı ile buna dayalı olarak düzenlenen 24.11.2015 tarihli yapı tatil zaptında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle...” işlemi iptal eden ilk derece mahkemesi kararı Konya Bölge İdare Mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Konya BİM, 2 İDD, E 2017/668 K 2017/800, 26.4.2017.

103 “Davacıya ait yapı ruhsatı ve imar durum belgesinin iptalinin ele alındığı, Belediye Başkan başkanlığında yapılan 18/11/2015 tarihli Belediye Encümeni toplantısında Belediye Başkanının da olumlu oy kullanmak suretiyle işlemin tesisi yönünde iradesini beyan ettiği göz önüne alındığında, dava konusu kararda yetki yönünden hukuka aykırılık bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2019/5623 K 2020/8564, 1.10.2020.

6. ŞEKİL

İdari işlemin şekil unsuru, idari işlemin yapılış ve dış dünyaya yansıma sürecindeki usul ve şekil kurallarını ifade etmektedir¹⁰⁴. Şekil, idari işlemde var olan iradenin dış dünyaya yansıma biçimidir¹⁰⁵. Hatırlanacağı üzere imar durum belgesi, “...yapının inşa edileceği imar parselinin sınırları ve boyutlarıyla gösteren belge” olarak tanımlanmaktadır. Gerek ismi gerekse de tanımında ‘belge’ olarak nitelendirilmiş olması sebebiyle, Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in¹⁰⁶ 3’üncü maddesinde yer alan ‘belge’ tanımına uygun düzenlenmelidir. Bu Yönetmeliğe göre belge, “(h)erhangi bir bireysel işlemin, kurumsal fonksiyonun veya kurumsal işlemin yerine getirilmesi için alınmış ya da idare tarafından hazırlanmış; içerik, ilişki ve formatı ile ait olduğu fonksiyon veya işlem için delil teşkil ederek aidiyet zincirini muhafaza eden, güvenli elektronik imza ya da el yazısıyla imzalanmış ve kayıt altına alınmış her türlü bilgiyi”, ifade etmektedir. Buna göre, imar durum belgesinin varlığından bahsedebilmek için her şeyden önce ‘belge’ niteliğini haiz bir evrakın bulunması gerekmektedir. İdareye imar durum belgesi istemli yapılacak başvuru neticesinde yukarıda yer verilen Yönetmelik hükümlerine uygun nitelikte bir belge düzenlenmedikçe, imar durum belgesinin varlığından bahsedilemeyeceği gibi; belgenin beraberinde getirdiği sonuçlar da ortaya çıkmayacaktır. Nitekim, ‘internet çıktısı’ olarak alınan belgenin imar durum belgesi olarak kabul edilemeyeceği idari yargı mercii tarafından belirtilmiştir¹⁰⁷.

Öte yandan, imar durum belgesinin ihtiva etmesi gereken unsurlar, belge tanımı içerisinde belirtilmiştir. İmar durum belgesinin, bir parselin; İmar Kanunu, uygulama imar planı, plan notlarını ve Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinde yer alan kullanım kararlarını ve yapılaşma şartlarını içermesi, yapının inşa edileceği imar parselinin sınırları ve boyutlarıyla göstermesi gerekmektedir. Bu düzenlemenin imar durum belgesinin mahiyetine ilişkin yeterince açıklama içermediği söylenebilir. Belgeye istinaden ruhsat eki projelerin hazırlanacağı göz önüne alındığında belgede, toplam inşaat alanı, bina yüksekliği, kat sayısı ve yüksekliği, su basman kotu, kot alacağı nokta, ön bahçe mesafesi, yan bahçe mesafesi ve arka bahçe mesafelerinin belirtilmesi beklenmektedir¹⁰⁸. Ancak, yapılan başvuruya karşılık, taşınmazın yapılaşma koşullarını belirten ve imar durum belgesine esas

104 Emre Can, *İdari İşlemin Şekil Unsuru* (Oniki Levha, 2016) 17.

105 Bahtiyar Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin, 2000) 187.

106 Resmî Gazete Tarihi: 10.06.2020 Resmî Gazete Sayısı: 31151.

107 “...(D)osya içerisinde mübrez imar durum belgesinin ise idareye başvuru sonucu tesis edilmediği ve internette alınan örnek mahiyetinde bir çıktı olduğu, nitekim Mahkememizin 21/02/2017 tarihli ara kararıyla, davacı tarafından sözkonusu taşınmazlarla ilgili olarak imar durum belgesi alınmasına yönelik başvurusunun olup olmadığının sorulması üzerine, davalı idare tarafından verilen 14.04.2017 havale tarihli cevapta, dava konusu taşınmazın bulunduğu parsellere ait imar arşiv dosyasında imar durumu belgesi başvurusuna rastlanılmadığının belirtildiği de görülmekle, düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planlarına karşı askı-ılan süresinin sonundan itibaren yukarıda yer verilen yasal dava açma süresi içinde dava açılması gerekirken, anılan sürenin geçirilmesinden sonra açılan işbu davanın dava açma süresini canlandıracak bireysel bir işlem bulunmadığı da dikkate alındığında, esasının süreaşımı nedeniyle incelenmesine olanak bulunmadığı...”. İstanbul 5 İdare Mahkemesi, E 2017/353 K 2017/1327, 31.05.2017, içinde İstanbul BİM, 4 İDD, E 2017/2076 K 2017/1135, 24.11.2017.

108 Bkz. Samsun BİM, 2 İDD, E 2019/1304 K 2020/432, 24.6.2020.

olan uygulama imar planı paftalarını ihtiva eden cevaplar¹⁰⁹ ya da mevcut imar durum krokisinin verilmesi¹¹⁰ de imar durum belgesi olarak kabul edilmiştir.

İmar durum belgesi başvurusuna istinaden plan paftasının bir örneğinin gönderilmesinin imar durum belgesi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilse de¹¹¹; idarece verilen bu cevabı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10.maddesi kapsamında 'kesin olmayan cevap' kabul ederek, bu işlemi uygulama işlemi olarak nitelendirmek isabetli olacaktır. Bilindiği üzere, taşınmaza yönelik imar durum belgesi istenilmesi üzerine bu talebin reddine karar verilmesi halinde de, söz konusu ret işleminin uygulama işlemi niteliğinde olacağı, dolayısıyla da dava açılabilirliği kabul edilmektedir¹¹². Bu kapsamda, imar durum belgesi talebi neticesinde idarece sadece plan paftasının ya da eksik başka bilgi veya belge verilmesi ihtimalinde, bu işlemin -ister imar durum belgesi kabul edilsin ister belge talebinin reddi olarak değerlendirilsin- 'uygulama işlemi' olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Nitekim, özgülendiği fonksiyon gereği yapılaşma koşullarının gösterilemediği belgeler de idari yargı yerlerince imar durum belgesi olarak nitelendirilmektedir. Bu kapsamda, imar durum belgesi talebine istinaden, taşınmazın imar planında fay hattı-ağaçlandırılacak alan, sosyal tesis alanı ve yolda kaldığının bildirilmesi¹¹³, imar planı değişikliğinin hangi meclis kararları ile yapıldığı belirtilerek parsellerin sosyal tesis alanında kaldığının gösterilmesi¹¹⁴, taşınmazın park alanında kaldığına dair cevap verilmesi¹¹⁵, parselin kısmen yeşil alan kısmen yol olarak tanımlandığının bildirilmesi¹¹⁶, taşınmazın imar planında rekreasyon alanında kaldığının belirtilmesi¹¹⁷ yönünde tesis edilen işlemler imar durum belgesi olarak nitelendirilmiştir¹¹⁸.

7. SONUÇLARI

İmar durum belgesinin alınmasının beraberinde getirdiği bazı sonuçlar bulunmaktadır. Aşağıda bu sonuçlar üzerinde durulacaktır.

109 Samsun BİM, 2 İDD, E 2019/1277 K 2020/153, 12.2.2020; Samsun BİM, 2 İDD, E 2020/768 K 2020/739, 4.12.2020.

110 Danıştay 6 D, E 2012/3975 K 2013/1823, 20.3.2013. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2012/4266 K 2013/3919, 4.6.2013.

111 "Dairemizin 22/04/2019 tarihli ara kararı ile dava dosyasına temin edilen ve bu işlemde imar durumu olarak nitelenen işleme bakıldığında, bu belgenin imar durumu belgesi olmayıp plan paftasının bir kopyasından ibaret olduğu, belge imar planının uygulama işlemlerinden biri olan imar durumu belgesi mahiyetinde olmadığından bu durumun da dava açma süresine bir etkisinin olmadığı sonucuna varılmaktadır". Erzurum BİM, 3 İDD, E 2018/2090 K 2019/865, 4.7.2019.

112 Konya BİM, 2 İDD, E 2017/2867 K 2018/101, 24.1.2018. Ayrıca bkz. "Hukuki Niteliği" başlığı.

113 Danıştay 6 D, E 2007/3433 K 2009/2140, 06.03.2009.

114 Konya BİM, 2 İDD, E 2018/1274 K 2018/1736, 1.11.2018.

115 Ankara BİM, 5 İDD, E 2019/1403 K 2020/785, 2.10.2020.

116 İstanbul BİM, 4 İDD, E 2020/547 K 2020/611, 3.6.2020.

117 Danıştay 6 D, E 2008/6747 K 2010/5520, 28.05.2010.

118 Bu yönde ayrıca bkz. 6 D, E 2011/7218 K 2013/3185, 8.5.2013; Danıştay 6 D, E 2011/5435 K 2013/3361, 15.5.2013; İstanbul BİM, 4 İDD, E 2020/1015 K 2020/1164, 25.9.2020.

7.1. DAVA AÇMA SÜRESİNİ CANLANDIRMASI

Anayasa'nın 125/3. Maddesinde, "(i)darî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar" denilmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dava açma süresi" başlıklı 7. Maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu; ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresinin, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı, ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilecekleri kurallarına yer verilmiştir. Buna göre, ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresi içerisinde idari davaya konu edilmeyen düzenleyici işlemlerin, bu tarihten sonra davaya konu edilebilmesi için, ilgili hakkında bireysel işlem tesis edilmiş olması, bireysel işlemin ise düzenleyici işlemin uygulanması niteliğinde bulunması gerekmektedir.

İmar durum belgesinin kesin ve yürütülebilir bireysel işlem niteliğini haiz olması, bu işlemin tebliğinden¹¹⁹ itibaren genel dava açma süresi (altmış gün) içerisinde dava yoluna gidilebileceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Aynı dava açma süresi, belge talebinin açık/zımnen reddi işlemleri açısından da geçerlidir. İmar durum belgesinin (ve ruhsatın) hukuka aykırılığının menfaati ihlal olunanlar tarafından öğrenilmesi halinde ise, dava açma süresi öğrenmeden başlayacaktır¹²⁰. Belge muhteviyatında veya ekinde, başvuruda istenilenlerin aksine eksikliklerin bulunması ise -yeni başvuru yapılması mümkün olmakla birlikte- dava açma süresinin başlangıcına etki etmemektedir¹²¹.

Öte yandan, imar durum belgesinin imar planlarının uygulama işlemi¹²² olması dolayısıyla, belgenin alınmasıyla veya belge talebinin reddi¹²³ neticesinde, imar durum belgesine dava açma süresi içerisinde, belgeyle birlikte¹²⁴ düzenleyici işlem olarak kabul edilen imar planlarına karşı

119 Danıştay kişinin hissedarı olduğu taşınmaz için talep ettiği imar durum belgesinin, babasına tebliğ edilmesinin dava açma süreni başlatacağına hükmetmiştir. Karar için bkz. Danıştay 6 D, E 2007/7227 K 2009/4657, 28.4.2009.

120 "...(H)er ne kadar uyumsuzluk konusu taşınmaza ait imar durum belgesi ve yapı ruhsatı 29.07.2013 tarihinde öğrenilmiş ise de; Orman İşletme Müdürlüğü'nün taşınmazın orman vasfında olduğuna ilişkin cevabı üzerine sözü edilen taşınmaza verilen yapı ruhsatının hukuka bu nedenle aykırılığı iddiası ile açılan bu dava süresinde olduğundan, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken davanın süre aşımı nedeni ile reddi yoluna verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir". Danıştay 6 D, E 2015/9301 K 2016/3478, 31.5.2016.

121 İzmir BİM, 3 İDD, E 2020/146 K 2020/283, 18.3.2020.

122 Bu hususta bkz. "Hukuki Niteliği" başlığı.

123 "Aynı zamanda taşınmaza yönelik imar durum belgesi istenilmesi, ancak bu talebin reddine kara verilmesi hallerinde de, söz konusu ret işleminin uygulama işlemi niteliğinde olacağı, dolayısıyla askı-ilan sürelerine bağlı kalınmaksızın aynı şekilde dava açılabilirliğinin kabulü gerekmektedir". Danıştay 6 D, E 2015/4872 K 2019/9164, 14.10.2019.

124 İmar planlarına karşı dava açma süresi geçirildikten sonra, alınan imar durum belgesiyle birlikte imar planına dava açılmaması halinde, davanın süresinde açılmamış sayılacağı hususunda bkz. Danıştay 6 D, E 2008/7788 K 2010/4799, 14.05.2010. "...(D)osya içeriğinde dava açıldıktan sonraki bir tarihte alınan, 26.04.2022 tarihli imar durum belgesinin bulunduğu görülmekte ise de, davacının imar durum belgesi isteminde bulunduğu ilişkin başvuru dosyada bulunmadığından ve davacının imar durum belgesi isteminde bulunduğu varsayılsa bile davanın açıldığı tarihte tesir edilen bir imar durum belgesi (uygulama işlemi) üzerine bakılan davanın açıldığı kabulüne imkan bulunmamaktadır". Danıştay 6 D, E 2023/818 K 2023/2158, 2.3.2023. Aksi yönde bkz. Danıştay bir kararında, dava tarihinden sonra alınan imar durum belgesinin varlığını, imar planlarına karşı açılan davanın süresinde olduğun karar vermek açısından yeterli saymıştır: "...(D)avacı tarafından düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planlarına karşı askı süresi içinde dava açılması bile uygulama işlemiyle (imar bilgi formu alınması) birlikte planlara karşı dava açılabilirliği durumu dikkate alındığında, davacı tarafından bu kapsamda imar durum belgesi başvurusunda bulunulduğu, davalı idare tarafından davacıya

da dava açılabilir¹²⁵. Bunun için, imar durum belgesi alma şartlarının¹²⁶ varlığı büyük önem taşımaktadır¹²⁷. Uygulama imar planının bulunmadığı durumlarda, nazım imar planına ilişkin başvuruda bulunulmaması halinde, ilgili idareden alınmamış imar durum belgesi bu planın uygulama işlemi olarak nitelendirilmemekte ve başvuru dava açma süresini canlandırmamaktadır¹²⁸. İmar planlarının bulunmadığı, mekânsal planlardan yalnızca çevre düzeni planının var olduğu alanlarda imar durum belgesi talep edilmesi halinde ise, idarece verilen cevaplar -kural olarak- ‘imar durum belgesi’ olarak değerlendirilmemekte; bu cevaplar imar planı açısından dava açma süresini başlatmamaktadır¹²⁹.

Danıştay, imar planlarının uygulama işlemi olan imar durum belgesiyle birlikte, imar planlarına karşı dava açma süresinin canlanması konusunda, hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkı açısından kişilerin lehine olacak yaklaşım sergilemektedir. Bu kapsamda, imar planlarına askı-ilan süresi içerisinde dava açılmamış olması halinde¹³⁰, imar durum belgesinin alınması sonrasında belgeyle

08.03.2012 tarihli imar durum belgesi düzenlendiği açık olup, 12.05.2011 tarih ve 171 sayılı kararlar kabul edilen 1/5000 ve 1/1000 ölçekli imar planlarının iptali istemiyle 08.03.2012 tarihli uygulama işleminin de varlığı dikkate alındığında (her ne kadar dava imar durumu belgesi düzenleme tarihinden önce açılmış ise) de 04.01.2012 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmadığından, aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir. Danıştay 6 D, E 2012/3953 K 2013/1449, 6.3.2013.

- 125 “...(Y)ıkım kararı, yapı ruhsatı, parsellasyon, imar durum belgesi, ifraz, tevhid gibi uygulama işlemlerinin tesis edilmesi üzerine, anılan işlem ile birlikte dayanağı planların iptali talebiyle de dava açılması her zaman mümkün olup, bu aşamada dava açma süresinin uygulama işleminin süresine tabi olacağı açıktır”. Danıştay 6 D, E 2021/10764 K 2023/5121, 25.5.2023; Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2013/470 K 2014/2458, 31.3.2014; Danıştay 6 D, E 2021/10952 K 2023/5122, 25.5.2023; Danıştay 6 D, E 2021/10961 K 2023/5120, 25.5.2023; Danıştay 6 D, E 2012/5040 K 2016/1024, 9.3.2016; Danıştay 6 D, E 2007/2946 K 2009/2455, 11.3.2009; Danıştay 6 D, E 2007/8044 K 2009/9300, 6.10.2009; Danıştay 6 D, E 2012/1783 K 2013/918, 18.2.2013; Danıştay 6 D, E 2012/3975 K 2013/1823, 20.3.2013; Danıştay 6 D, E 2012/4266 K 2013/3919, 4.6.2013; Danıştay 6 D, E 2007/2425 K 2009/948, 06.02.2009; Danıştay 6 D, E 2008/6101 K 2010/12082, 29.12.2010; Danıştay 6 D, E 2013/1458 K 2014/2028, 13.3.2014.
- 126 Bu hususta bkz. “Şartları” başlığı.
- 127 Danıştay, başka bir parsel için yapılan başvuru neticesinde verilen cevabın süreyi canlandırmayacağını şu şekilde ifade etmiştir: “12/02/2007 tarihli başvurunun uyuşmazlığa konu 18,19 ve 20 parsel sayılı taşınmazlarla ilgili olmadığı, 186 pafta, 2505 ada, 2-3 parsel sayılı taşınmaza ilişkin yapılan başvuru olduğu ve başka taşınmaza ilişkin verilen cevap üzerine dava açıldığı anlaşılmış olup bu duruma göre başka bir taşınmazla ilgili yapılan başvuruya istinaden verilen cevabın dava açma süresini canlandıramayacağı, kaldı ki, başvuru sonucunda verilen cevabın imar planlarının uygulaması sayılabilecek bir imar durum belgesi olarak kabul edilemeyeceğinden...”. İDDK, E 2012/1640 K 2014/1640, 17.4.2014. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2015/4872 K 2019/9164, 14.10.2019
- 128 “...(D)avacıların imar durumu verilmesi ve taşınmazlarının son durumunu öğrenmek için yaptıkları başvuruya verilen cevap üzerine dava açıldığından ve ayrıca nazım imar planıyla ilgili İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesi kapsamında yapılmış bir başvuru da bulunmadığından, uygulama işlemi üzerine dayanağı düzenleyici işlemin iptali istemiyle dava açıldığından söz edilemez”. Danıştay 6 D, E 2016/7115 K 2020/8706, 5.10.2020.
- 129 “Dava; Çevre ve Orman Bakanlığınca 05/07/2011 tarihinde onaylanan Aydın-Muğla-Denizli Planlama Bölgesi Revizyon 1/100.000 ölçekli Çevre Düzeni Planının A2 Mevkii 7 pafta 473 parselin “Doğal ve Ekolojik Yapısı Korunacak Alan” kapsamına alınmasına ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır. (...) Ortakent Yahşi Belediye Başkanlığına yapılan başvurular üzerine taşınmazın planda ayrıldığı amacın öğrenildiğinden bahisle 11/01/2012 tarihinde bakılmakta olan davanın açıldığı; bu durumda, davanın askının son ilan tarihini izleyen 60 günlük süre içerisinde açılması gerekirken, yeni bir dava açma süresi başlatmayan, taşınmazın imar planında hangi amaca ayrıldığını belirten belediye başkanlığı yazısı üzerine açılan davada süreaşımı bulunduğu gerekçesiyle süreaşımı yönünden davanın reddine karar verilmiştir”. Danıştay İDDK, E 2013/2655 K 2015/11, 19.1.2015. Aynı yönde bkz. Danıştay İDDK, E 2021/1768 K 2021/1598, 27.9.2021.
- 130 İmar planlarına karşı askı süresi içinde itiraz edilmiş fakat süresi içinde dava açılmamış olsa dahi, imar durum belgesiyle birlikte plana dava açılmasının mümkün olduğu hususunda bkz. Danıştay 6 D, E 2001/6627 K 2003/20 3.1.2003.

birlikte imar planına dava açma hakkının tanınmasının yanı sıra¹³¹; bu sürenin geçirilmiş olması halinde yeni bir imar durum belgesi alınmak suretiyle imar planlarına dava açma hakkının yeniden doğacağını ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, her yeni imar durum belgesi, dayanağı imar planına dava açma hakkı bahşeden yeni bir uygulama işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır¹³². Plandan haberdar olunması¹³³ veya plana yapılan itiraz sonrasında dava açılmamış olması¹³⁴ ya da imar durum belgesi alınması sonrasında açılan davanın usulden (örn. süre) reddedilmiş olması da, yeni bir belge alınarak dava açılmasına engel teşkil etmeyecektir¹³⁵.

Öte yandan, imar planlarının hukuki niteliğinden kaynaklı olarak, alt ölçekli planın üst ölçekli planın uygulaması niteliğinde olması sebebiyle, imar durum belgesi alınmasıyla birlikte, imar durum belgesi, uygulama imar planı ve onun üst ölçekli planı nazım imar planına karşı dava açılması mümkündür¹³⁶. İmar Kanunu'na 7221 sayılı Kanunun 6. Maddesiyle getirilen kesinleşmiş imar

131 “...(İ)mar planlarına ilan askı süresi içinde yapılan itirazın reddi ya da ilan askı süresinin son gününden itibaren süresi içinde dava açılmaması durumunda, 2577 sayılı kanunun 10. maddesi kapsamında yapılacak imar planı değişikliği başvurusunun reddi ya da herhangi bir uygulama işlemi (parselasyon, kamulaştırma gibi) üzerine yasal dava açma süresi içinde dava açılabileceği tabiidir”. Danıştay 6 D, E 2023/818 K 2023/2158, 2.3.2023.

132 “...(A)İnacak her bir imar durum belgesi üzerine dava açma süresi olan 60 gün içerisinde dava açılabileceği açıktır”. Danıştay 6 D, E 2014/4938 K 2015/2206, 9.4.2015. “...(D)avacının ilk olarak 24.10.1995 tarihinde imar durumu belgesi aldığı, ancak imar planının iptali istemiyle dava açmadığı, 21.3.2003 gününde yeniden imar durumu belgesi alması üzerine 7.4.2003 gününde bu davayı açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mülkiyet hakkıyla ilgili bir konuda uygulama işlemi niteliğindeki imar durumu belgesi alınması üzerine süresinde dava açıldığından, İdare Mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken davanın süre yönünden reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2005/214 K 2007/1461, 9.3.2007. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2014/5321 K 2015/1268, 4.3.2015.

133 Danıştay 6 D, E 2012/138 K 2013/3940, 5.6.2013. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2007/3097 K 2009/3603 08.04.2009.

134 Danıştay 6 D, E 2011/8284 K 2013/3461, 16.5.2013. Aynı yönde bkz. Danıştay İDDK, E 2013/1182 K 2015/731, 11.3.2015.

135 Bu yönde bkz. “İdare Mahkemesi kararında, aynı taşınmaza ilişkin aynı plan kararının iptali istemiyle önceki tarihte açılan davanın süresizliği nedeniyle reddedilmesinden sonraki dönemde, bu davanın açılması amacıyla imar durumu belgesi istenilmiş olmasının yeniden dava açma süresi başlatmayacağı gerekçesiyle davanın süresizliği nedeniyle reddine karar verilmiş ise de, yerleşmiş yargı kararları ile imar durumu belgesinin uygulama işlemi olarak kabul edilmiş olması ve aynı düzenleyici işleme dayanılarak farklı nitelikte uygulama işlemleri tesis edilmesi halinde her bir uygulama işleminin tebliği üzerine düzenleyici işleme de dava açılması olanağını kısıtlayan bir yasa hükmü getirilmemiş olması karşısında kararda hukuki isabet görülmemiş ve dava hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”. İzmir BİM, 3 İDD, E 2017/162 K 2017/180, 25.4.2017. Aynı yönde bkz. İstanbul BİM, 4 İDD, E 2020/1025 K 2020/1263, 8.10.2020. Aksi yönde bkz. Danıştay, imar durum belgesiyle birlikte imar planına açılan davanın usulden reddi sonrasında yeniden imar durum belgesi alınarak imar planına dava açılmayacağına hükmetmiştir: “İdare Mahkemesince, dosya incelenmesinden, davacının 5.6.2006 tarihli imar durum belgesi üzerine 1/1000 ölçekli imar planının iptali istemiyle 3.11.2006 tarihinde E:2006/2534 sayılı davayı açtığı, dava dilekçesinin, işlemin öğrenme tarihinin gösterilmemesi nedeniyle 31.1.2007 günlü, K:2007/82 sayılı kararla reddedilmesi ve bu kararın davacıya 9.2.2007 tarihinde tebliğ edilmesine rağmen 30 gün içinde davanın yenilenmediği, daha sonra 26.2.2007 tarihli ikinci bir imar durum belgesi alınmak suretiyle aynı plana karşı 20.3.2007 tarihinde bu davanın açıldığı anlaşıldığından, davacının, dava konusu imar planının iptali istemine ilişkin E:2006/2534 sayılı davayı yenilemeyip tekrar imar durum belgesi aldıktan sonra aynı imar planını bu belgeyle öğrenmiş gibi 20.3.2007 tarihinde açtığı davanın süre aşımı nedeniyle incelenmesi olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir(tir)”. Danıştay 6 D, E 2007/9599 K 2009/10209, 23.10.2009.

136 “...(İ)mar planı uygulanmaya konulması ile birlikte uygulama işlemi üzerine işlem ile birlikte imar planına veya doğrudan işlemin dayanağı olan imar planına karşı yeniden dava açma hakkının bulunduğu ve bu aşamada dava açma süresinin uygulanması işleminin süresine tabi olduğu hususlarında tartışma bulunmamaktadır. Planlama sürecinde, nazım imar planının öncelikle yapılarak çevre düzeni planı ile uyumlu hazırlanmak suretiyle arazinin genel kullanım biçimi, nüfus yoğunluğu, yapı yoğunluğu, ulaşım gibi konular belirlenecektir. Akabinde ise nazım imar planı esaslarına göre uygulama imar planlarının hazırlanması gerekmektedir.

İmar planları arasındaki hiyerarşik ilişki, diğer düzenleyici işlemlerden farklı olup; alt ölçekli planların üst ölçekli

planı ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresini beş yılla sınırlandırmaya ilişkin kanun hükmünün, imar durum belgesinin alınmasıyla ya da diğer uygulama işlemlerinin tesisiyle canlanan dava açma hakkını kısıtlama amacına matuf olduğu aşıkardır. Hak arama hürriyetini sınırlandıran bu düzenlemenin imar planlarının yargısal denetiminin önüne geçen; hukuk devleti ilkesine aykırı sonuçlar doğuracak bir düzenleme olduğu ifade edilmelidir¹³⁷.

7.2. HUKUKİ GÜVENLİK SAĞLAMASI

İmar durum belgesi alınmasının, hak sahibi olduğu parselde yapılaşmaya gitmek isteyen kişiler açısından hukuki güvenlik sağladığı söylenebilecektir. İmar durum belgeleri, yürürlükteki imar planlarına göre düzenlendiği için, planlar ve ihdas ettikleri imar düzeni varlığını koruduğu müddetçe geçerliliğini koruyacaktır¹³⁸. Nitekim, Plânlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 55/15 inci maddesine göre de, "(p)lan veya mevzuatta herhangi bir değişiklik olmadıkça, ruhsat taleplerinde sunulacak onaylı imar durum belgesi ile projelerin geçerliliği devam eder". Bu kapsamda, uygulamada idarelerce süreli imar durum belgesi verilmesi yönündeki işlemlere, süre yönünden hukuki geçerlilik tanımak mümkün değildir.

İmar planlarının yürürlükten kalkması veya değişikliğe uğraması halinde ise¹³⁹, bu plana göre verilen imar durum belgesinin de iptali söz konusu olacaktır¹⁴⁰. Aynı sonuç, hatalı verilen imar durum belgeleri açısından da geçerlidir. Belgenin alınması tek başına yapılaşma hakkı vermemekte¹⁴¹; imar planına aykırı düzenlenen imar durum belgeleri kazanılmış hak bahşetmemektedir.

planların uygulanması amacıyla tesis edildiği açıktır. Dolayısıyla, alt ölçekli planlar, düzenleyici işlem olmakla birlikte, üst ölçekli planların uygulama işlemi niteliğinde işlemler olup; alt ölçekli imar planına dava açma süresi içerisinde üst ölçekli imar planına karşı da bu plan ile birlikte veya ayrıca iptal davası açılabilmesi mümkündür.

Bu hususlar dikkate alındığında; uygulamaya esas imar planı olan 1/1000 ölçekli uygulama imar planına dayalı olarak tesis edilen; imar durum belgesi, yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi gibi imar uygulama işlemlerinin tesisiyle birlikte dayanak uygulama imar planı ve uygulama imar planının dayanağı olan üst ölçekli imar planlarına karşı da 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da açılabilirliği tabiidir.

Danıştay İDDK, E 2021/258 K 2021/1204, 9.6.2021. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2019/21280 K 2020/2859 2.3.2020.

137 Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi parselasyon planları yönünden ele alarak Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. AYM, E 2021/20, K 2022/84, 30.06.2022.

138 "...(T)evhit sonrası ... parsel sayısını alan taşınmaza verilen ... tarihli, ... sayılı imar durum belgesi sonucu tevhit öncesi verilen ... tarihli, ... sayılı imar durum belgesinin ortadan kalktığı da açıktır". Danıştay 6 D, E 2016/13798 K 2020/9446, 14.10.2020.

139 "(İ)mar plâni değişikliğinin gerçekleşmesi halinde imar durum belgesinin geçerliliğinin sona ereceği, imar plâni değişikliği olması durumunda parselle ilişkin olarak yeni bir imar durum belgesi alınarak, yeni imar durum belgesine göre proje hazırlanacağı ve yeni imar durum belgesine göre yapı ruhsatı düzenleneceği tabiidir". Konya BİM, 2 İDD, E 2019/2170 K 2020/893, 9.6.2020.

140 Danıştay 6 D, E 2015/1384 K 2019/12075, 25.11.2019; Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2014/4123 K 2015/2509, 21.4.2015.

141 "...(O)tel iki yatak katı ilavesi için inşaat ruhsatı almaksızın sadece imar durumuyla inşaata devam ettikleri ve... günlük yapı tatil zaptı ile inşaatın durdurulduğu tarihte de anılan ilave katların ruhsatsız olduğu" ruhsatsız inşaatın durdurulmasında da yasaya aykırılık olmadığı...". Danıştay 6 D, E 1990/2786, K 1991/871, 26.04.1991, (1992) 22 (82-83) Danıştay Dergisi, 482. "...(H)er ne kadar imar durum belgesi bu yönüyle parsel hakkında bilgi veren bir belge niteliğini taşımakta ve tek başına parsel üzerinde yapı yapmaya imkân vermemekte ise de...". Konya BİM, 2 İDD, E 2019/151 K 2020/666, 5.3.2020.

İmar planına uygun şekilde düzenlenen imar durum belgelerine dayanılarak talep edilen plan değişiklikleri ise kabul edilebilir nitelikteyken¹⁴²; plan aykırı şekilde düzenlenen imar durum belgesine dayanılarak yapılan plan değişikliği talebi hukuken himaye edilememektedir¹⁴³.

İmar planına aykırı şekilde düzenlenen imar durum belgeleri ile bu belgeye dayanılarak tesis edilen ruhsatların da hukuka aykırı nitelik taşıdığı ve iptal edileceği ifade edilmelidir¹⁴⁴. Uygulama imar planında jeolojik etüt yapılmaya kadar yapı yasaklı alan kullanımında kalan taşınmaza ilişkin imar durum belgesinde, uygulama imar planına aykırı şekilde yapılaşma hakkı verilmesi, akabinde yapı ruhsatı düzenlendiği uyumsuzlukta, ruhsatın geri alınması yönünde tesis edilen işlem, “*imar planına uygun olmayacak biçimde tesis edilen işleme göre düzenlenen imar durum belgesinin de inşaatlar açısından, zaten hiç doğmamış olan bir kazanılmış bir hak bahşetmeyeceği*” gerekçesiyle Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur¹⁴⁵.

İmar durum belgesinin alındıktan sonra ve/fakat ruhsat alınmadan önce imar planı değişikliğine gidilmesi ve taşınmazın imar durumunun değişmesi halinde de, imar durum belgesinin hak kazandırmayacağı; yeni hukuki duruma göre değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁶. Hatta Danıştay bir kararında, imar durum belgesine göre istenilen ruhsat talebinin reddi işleminin dava konusu edildiği uyumsuzluğun derdest konumda olduğu aşamada imar planı değişikliğinin gerçekleştirilmesi halinde dahi, belgenin alınmış olmasının kişilere hak bahşetmeyeceği; yeni ortaya çıkan hukuki duruma göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁷. Öncelikle ifade

142 “Davacı İzmir İli, Buca İlçesi, N1 parsel sayılı taşınmazı için 27/02/2006 tarihinde imar durumu belgesi almıştır. Taşınmazının imar durumu belgesine göre sağında ve solunda yer alan bitişik nizamlı yapılara uydurularak bitişik nizamla dönüştürülmesi için imar planı değişikliği yapılması isteminde bulunmuş, istemi Buca Belediye Meclisinin 01/05/2006 tarihli, 2006/77 sayılı kararıyla reddedilmiştir. İzmir 3. İdare Mahkemesinin 08/10/2008 tarihli, E:2006/1427, K:2008/1791 sayılı kararı ile anılan işlemin iptaline karar verilmiş, sözü edilen karar Danıştay Altıncı Dairesince onanmış ve karar düzeltme istemi reddedilmiştir”. Danıştay 6 D, E 2015/7766 K 2019/445, 6.2.2019

143 “...(D)avacının taşınmazına plan koşullarına aykırı olarak verilen çekme mesafesini içeren imar durum belgesi ve buna göre düzenlenen yapı ruhsatında yer alan bu aykırılığın korunmasına dönük olarak davacı tarafından plan değişikliği talebinde bulunduğu, bu talebin davalı idarece reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı; plan değişikliği talebinin, plan yapım amacı dışında bilimsel, nesnel ve teknik nedene dayanmadan sadece davalı idarenin hatalı işlemi ile ortaya çıkan aykırılığa yasallık kazandırmak için yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, imar planıyla belirlenmiş yapılaşma koşullarını açıklayıcı, belirleyici ve bütünlüyci nitelikte olan plan notunda yapılacak değişikliklerle; plan hükümlerinin bazı yapılar için uygulanması bazı yapılar için uygulanmaması sonucunu doğuracak ya da plana aykırı yapılaşmayı koruyacak bu suretle plan bütünlüğünü ve dengesini bozacağı, şehircilik ilkeleri ve planlama esasları açısından kötü örnek oluşturacağından aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2011/7559 K 2015/3548, 28.5.2015.

144 “...(D)ava konusu inşaat ruhsatının alındığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan imar planına göre olması gereken TAKS ve KAKS miktarlarının imar durum belgesinde sehven gösterilmeyerek imar planına aykırı verildiği anlaşılan inşaat ruhsatının iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...”. Danıştay 6 D, E 2008/5425 K 2010/3704, 13.04.2010. Aynı yönde bkz. İstanbul BİM, 4 İDD, E 2020/810 K 2020/1520, 9.11.2020; Konya BİM, 2 İDD, E 2017/2463 K 2019/616, 26.3.2019.

145 Danıştay 6 D, E 2014/7901 K 2015/3178, 18.5.2015.

146 İmar durum belgesinin plana uygun şekilde verilmesi sonrasında ve/fakat ruhsat düzenlenmesi öncesinde gerçekleştirilen imar planı değişikliğinin varlığı halinde, belgenin iptal edilerek değişikliğe uğrayan plan kapsamında yeniden düzenlenmesi gerektiği hususunda bkz. Konya BİM, 2 İDD, E 2018/463 K 2019/173, 6.2.2019.

147 “Dava konusu taşınmazın, davacıya verilen 26.03.2004 tarihli imar durum belgesinde imar planında tali iş merkezi alanı olarak belirlendiği belirtilmesine rağmen temyize konu Mahkeme kararının verildiği tarih olan 17.12.2008 tarihinden önce 18.04.2008 onanlı 1/5000 ölçekli nazım imar planında ve 15.09.2008 onanlı 1/1000 ölçekli uygulama imar planında

etmek gerekir ki, idari işlemlerin yargısal denetimi, işlemin tesis edildiği tarihteki hukuki durum dikkate alınarak yapılmalıdır. Kişinin imar durumuna istinaden yaptığı ruhsat başvurusunun da, başvurunun yapıldığı tarihteki imar durumu göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekecektir. Danıştay'ın kararının bu yönüyle isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu kapsamda, hukuka uygun şekilde tesis edilmiş imar durum belgesine istinaden yapılan ruhsat başvurusunun reddi işleminin hukuka aykırı şekilde reddi, işlemin iptali sonucuna yol açacaktır. İptal kararı sonrasında, işlem ilk yapıldığı andan itibaren hukuk düzeninden kalkacağı için idare, iptal kararının gerekleri doğrultusunda ve işlemin tesis edildiği tarihteki imar düzenine göre işlem tesis edecektir. Daha sonra yürürlüğe giren imar planı uyarınca, önceki tarihli idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi idari işlemin geriye yürümezliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹⁴⁸. Bu nedenle, mezkur uyumsuzlukta işlemin iptali halinde ruhsat almak konusunda kişinin hukuken korunması gereken haklı beklentisi¹⁴⁹ olduğu söylenmelidir. Bu makul beklentinin zedelenmemesi gerekmektedir¹⁵⁰. Kişilerin geleceklerini planlayabilmeleri için hayatlarını hukuki güvenlik içinde geçirmeleri gerekmektedir. Hukuk güvenliğini sağlamak üzere öngörülmüş ilkelerin başında ise kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentinin korunması ilkeleri gelmektedir¹⁵¹. Geriye yürüyen

park alanında kaldığı, bu hususunun Mahkemenin 22.07.2008 tarihli ara kararına verilen cevapta da ortaya konulduğu görülmektedir. Ayrıca, davacı tarafından bu imar planlarına karşı açılan davanın İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 28.04.2010 tarih, E:2009/106, K:2010/793 sayılı kararıyla reddedildiği, bu kararın Danıştay 6. Dairesinin 28.11.2012 tarih, E:2011/7142, K:2012/6893 sayılı kararıyla onandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının istinat duvarına ve taşınmaz üzerinde yapmayı planladığı yapıya ilişkin olarak herhangi bir ruhsatının bulunmadığı, imar planında da değişiklik yapılarak söz konusu taşınmazın park alanı olarak ayrıldığı hususu dikkate alındığında, bu yeni durum incelenerek idare mahkemesince yapı ruhsatı başvurusunun reddine ilişkin 23.08.2006 tarih ve 3609 sayılı işlem hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden eksik incelemeye dayalı mahkeme kararında isabet görülmemiştir". Danıştay 6 D, E 2009/8423 K 2013/1577, 12.3.2013. Aynı yönde bkz. "Dosyanın incelenmesinden, davacının 724 ada, 8 parsel sayılı taşınmazında inşaatla başlanacağından ve proje çizdirileceğinden bahisle anılan taşınmaza ilişkin olarak onaylı imar planı örneği, çapı ve söz konusu yerin kat durumunu gösterir plan notlarının verilmesi istemiyle 28.03.2011 tarihinde başvurduğu, başvuru üzerine kat adedinin 3 olarak gösterildiği imar durum belgesinin verildiği, bu imar durum belgesinin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, İdare Mahkemesince henüz karar verilmeden 724 ada, 8 numaralı parselde imar planı değişikliği yapılarak 5 kat yapılaşma hakkının 3 kata düşürüldüğü, (...) imar planı değişikliği sonucunda mevcut imar planında anılan parsel için 3 kat yapılaşmaya izin verildiği açık olduğundan İdare Mahkemesince bu imar planı değişikliği dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır". Danıştay 6 D, E 2012/1398 K 2015/3601, 1.6.2015.

- 148 İdari işlemin geriye yürümezliği ilkesi hakkında bkz, Halit Eyüp Özdemir, 'İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi' (2006) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan) 1001, 1010
- 149 "(H)aklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir". Danıştay 5 D, E 2003/3647 K 2006/1140, 14.3.2006. "Bir beklentinin meşru olabilmesi için beklentiyi doğuran durumun hukuk temelinde haklı olması ve bir bütün olarak hukuka uygun olması gereklidir. Söz konusu hukuki temel bir sözleşme ve haksız fiil olabileceği gibi dava konusu uyumsuzlukta söz konusu olduğu üzere idari bir karar da olabilir". Danıştay 6 D, E 2017/7727 K 2021/1296, 04.02.2021, (2021) 7, Danıştay Kararı Dergisi, 37. Haklı beklenti mefumu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Selman Sacit Boz, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması* (Seçkin, 2017)
- 150 Anayasa Mahkemesine göre de, "Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere giren bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak, hukuki güvenlik ilkesi, her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, 'hakkaniyet'tir". Anayasa Mahkemesi (AYM), E.2012/65 K.2012/128, .20.09.2012.
- 151 Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu* (Seçkin, 2003) 225. Bu ilkelere aykırılığın idari işlemi konu bakımından sakatlayacağı hususunda bkz. Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru* (Oniki Levha, 2017) 295.

işlemlerin, ilgililerin kanuna güven ve istikrar prensiplerine dayalı haklı beklentilerini ortadan kaldıracacağı açıktır. Bu değerlendirme, kişinin hukuka uygun imar durum belgesine istinaden yaptığı ruhsat başvurusunun reddi sonrasında gerçekleştirilen imar planı değişikliğiyle imar haklarında azalmaya gidilmesi halinde de geçerlidir¹⁵². Buna karşın, uygulama imar planı değişikliğiyle alanın yolda veya teknik altyapı alanlarında kalması halinde¹⁵³, ortaya çıkan yeni hukuki duruma göre yapı ruhsatı düzenlenemeyeceği söylenebilecektir. Bu durumda da -varsa- kişilerin zararının tazmini gerektiği kuşku bulunmamaktadır.

Zira, yapı ruhsatı başvurusu için alınması zorunlu olan imar durum belgesi, yapı ruhsatının alınması hususunda yasanın ibrazını zorunlu kıldığı mimari ve statik projelerin hazırlanmasına esas teşkil etmektedir. Kişiler, idareden aldıkları imar durum belgesi uyarınca idareye güvenerek proje maliyetine katlanmakta ve diğer hukuki ilişkilere girmektedirler. İdareye güvenilerek hukuka uygun şekilde alınan ve/fakat imar planı değişikliği/iptali neticesinde veya idarece hatalı şekilde düzenlenmesi sebebiyle iptal edilen imar durum belgesi uyarınca uğranılan zararların tazmini gerekecektir. Ortaya çıkan zararın oluşmasında kişilerin de kusurunun var olması halinde, bu husus da dikkate alınarak tazminat miktarı belirlenecektir¹⁵⁴. Buna karşın Danıştay bir kararında, alınan imar durum belgesine güvenilerek yıkılan; eski bina yıkıldıktan sonra idarece plan değişikliği yapılarak taşınmazın yeşil alan olarak belirlenmesi ve kamulaştırılması sonucunda uğranılan zararın tazmini istemini reddetmiştir¹⁵⁵. Bu karara katılmaya olanak bulunmamaktadır. İmar durum belgesinin yapılaşma amacıyla temin edildiği göz önüne alındığında, yapısını mevcut haliyle ya da

152 Bu durumda haklı beklentinin korunması gerektiği hususunda bkz. “Genel düzenleyici işlemlerin geçiş hükümlerini içermemesi; değiştirilen veya kaldırılan genel ve soyut düzenlemeye güvenilerek gerekli hak kazanma sürecini başlatma yönünde iradesini ortaya koyan bireyin bu iradesine herhangi bir sonuç bağlanmaması anlamına gelecektir ki böyle bir durum hukuk devleti kavramı ile bağdaşmaz. Genel ve soyut düzenlemelere güvenerek ve değişikliğe uğrayan düzenlemelere dayanarak bir hak elde etmeyi bekleyen bireylerin bu haklı beklentilerinin karşılanması hukuk devleti olmanın gereğidir”. Danıştay 15.Daire, E.2013/5000 K.2014/415122, 05.2014 (Yayınlanmamıştır); Aynı yönde bkz. Danıştay 15.Daire, E.2013/4738 K.2014/4487, 29.05.2014 (Yayınlanmamıştır); Danıştay 15.Daire, E.2013/5003 K.2014/7061, 15.10.2014 (Yayınlanmamıştır).

153 Planlı Alanlar İmar yönetmeliği, Madde 54/8: “Uygulama imar planı değişikliği ile yolda veya teknik altyapı alanlarında kalan ve kamulaştırma kararı alınan ruhsatlı yapılarda seviye tespiti yapılarak inşaat derhal durdurulur. Bu yapılarla ilgili yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni işlemleri, kamulaştırmayı gerçekleştirecek kamu kuruluşunun en geç otuz gün içinde, yürürlükteki plana ve kamulaştırma gerekçesine göre vereceği görüş doğrultusunda sonuçlandırılır”.

154 “İmar durumu belgesinin, hatalı olarak uygulama imar planına aykırı biçimde 4 kata müsaade eder şekilde düzenlenmiş olması halinde davacı tarafından imar durumuna uygun olarak sunulan projelere dayanılarak 4 katlı inşaaata müsaade eden yapı ruhsatının verilmesinde davacının müterafik kusuru olmayacağı, ancak belediye tarafından uygulama imar planına uygun olarak verilen imar durumu belgesi üzerine davacı tarafından hatalı projelerin sunulması ve bunların davalı idare tarafından onaylanarak yapı ruhsatının verilmesi halinde ise davacının müterafik kusuru bulunacağı bu durumda davacı tarafından talep edilen bina değerinin, binanın yıkım ve enkaz kaldırma bedelinin ve davacının kendisinin ikamet ettiği daire iç hesaplanan kira bedelinin yeniden hesaplanması gerektiği açık olduğundan İdare Mahkemesince öncelikle bu hususun tespit edilerek değerlendirilmesi, ayrıca dava konusu taşınmazın 4 katlı olarak inşaa edilmesinin imar planlarında bir dayanağının olup olmadığının belirlenmesi, davalı tarafından sunulan bilirkişi raporuna ilişkin 08.07.2011 tarihli itiraz dilekçesinde, davacının parselinin 20 metrelik yola cepheli olması nedeniyle daha yüksek kata izin verilebilecek bölgenin jeolojik önemli alan olması nedeniyle 3 kata kadar izin verildiğine yönelik beyanına karşın yapı ruhsatının 4 kat olarak düzenlenmesi arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekmektedir”. Danıştay 6 D, E 2014/8015 K 2017/1459, 6.3.2017. Hatalı şekilde düzenlenen yapı ruhsatı yönünden benzer kararlar için bkz. Danıştay 6 D, E 2016/7169 K 2017/923, 13.2.2017; Danıştay 6 D, E 2016/8570 K 2019/5866, 17.6.2019.

155 Danıştay 6 D, E 2008/6010 K 2010/4606, 7.5.2010.

güçlendirmek suretiyle muhafaza etme imkanına sahip malikin idareye duyduğu güven neticesinde yapıyı yıktığının anlaşıldığı durumlarda, yapının yıkılmadan önceki bedelinin de kişinin uğradığı zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim Danıştay, imar planında yeşil alanda kalan alana ilişkin düzenlenen imar durum belgesinde alanın tercihli turizm tesis alanı olarak gösterilmesi, belgeye istinaden yapı ruhsatı, tadilat ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinde parselin kullanım amacının ticaret-mesken olarak gösterilmesine ilişkin işlemleri iptal eden kararı hukuka uygun bulurken, hatalı imar durum belgesine istinaden gayrimenkulü satın alan kişinin evin sonradan yeşil alanda kaldığının anlaşılması sebebiyle uğradığı -henüz yıkım kararı alınmamış olması sebebiyle gerçekleşmiş maddi zarar bulunmadığı gerekçesiyle- manevi zararın tazmini gerektiğine karar vermiştir¹⁵⁶. Böylece, imar durum belgesine güvenerek taşınmazı iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı korunmuştur.

SONUÇ

İmar durum belgesinin yapılaşma hakkının kullanılabilmesi açısından bir ‘ön şart’ konumunda olduğu görülmektedir. Belge alınmadan ruhsat başvurusunda bulunulamaması ve yapılaşmaya gidilememesi sebebiyle imar durum belgesi ile mülkiyet hakkı arasında oldukça yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, imar durum belgesinin verilmesi sürecinde tesis edilecek hukuka aykırı iş ve işlemler kişilerin mülkiyet hakkına olumsuz etki edebilecektir. Belgenin ihtiva ettiği bu öneme ve temel hak ve özgürlüklerle olan yakın münasebetine karşın belgenin yasal dayanağının bulunmaması, Anayasamızın 13.maddesi kapsamında hukuka aykırı olarak değerlendirilebilecektir. Mülkiyet hakkıyla bu denli yakın ilişkisi olan imar durum belgesine ilişkin temel çerçevenin İmar Kanunu’nda düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Öte yandan, belgenin yer aldığı Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nde de, imar durum belgesine ilişkin idarece tesis edilecek iş ve işlemlerde idari istikrarı sağlayacak; kişilere belge alması aşamasında yeterli hukuki öngörülebilirlik ve güvenliği temin edecek düzeyde düzenlemenin varlığından bahsetmek oldukça zordur. 2017 yılına kadar belgenin tanımı dahi yapılmamıştır. Bu düzenleme eksikliği nedeniyle de, gerek idare uygulamasında gerekse de yargı kararlarında tam anlamıyla birliği sağlamak mümkün olamamıştır. İdareler, imar durum belgesinin ruhsat başvurusunun eki olması ve ruhsat almak isteyen kişilerce temininin zorunlu bulunmasını kötüye kullanarak belge vermek konusunda keyfi davranışlar sergileyebilmekte ya da en iyi ihtimalle belge verilmesi koşullarına ilişkin hatalı değerlendirme yaparak kişilerin yapı hakkına olumsuz yönde etki edebilmektedirler. Her ihtimalde, kişilerin mülkiyet hakkının az veya çok ihlal edileceği açıktır. Bu ihlalin önlenmesi ve hukuki öngörülebilirliğin sağlanabilmesi adına, imar durum belgesine ilişkin usul ve esasların daha açık ve ayrıntılı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ülkemiz mevzuatı içerisinde ihtiyaç olmadığı halde idarenin düzenlemeye karar verdiği çok sayıda konunun var olduğu göz önüne alındığında, mülkiyet hakkına etki eden bu denli önemli bir belgeye ilişkin düzenleme yapılmasının gereksiz olarak değerlendirilemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁵⁶ Danıştay 6 D, E 2019/16827 K 2019/9889, 23.10.2019.

Bu kapsamda ilk olarak, imar durum belgesi başvurusunun düzenlenmesi gerekmektedir. Kişilerin imar durum belgesi almak amacıyla gerçekleştirecekleri başvuruları yeknesaklaştırarak, hak kaybına uğramalarının önüne geçecek şekilde düzenlemek gerekmektedir. Bu gereklilik doğrultusunda, imar durum belgesi başvurusunu, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'ne ek olarak koymak ve matbu bir form haline dönüştürmek faydalı olacaktır. Bununla birlikte, ayrıca imar durum belgesi düzenleme yetkisine sahip tüm idarelere E-Devlet üzerinden imar durum belgesi başvurusu yapılabilmesi yönünde mevzuat değişikliği gerçekleştirilmelidir. Bu değişikliğin devamında, dijital olarak yapılan ya da yazılı olarak yapılması sonrasında dijitalleştirilen başvuruların, Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca oluşturulacak elektronik ortama kaydedilmesinin sağlanması isabetli olacaktır.

Yapılan başvuru neticesinde idareler, -çoğu zaman- belge taleplerini süresi (iki iş günü) içerisinde karşılamamaktadırlar. Bu da, kişilerin yapı hakkının sürüncemede kalmasına sebep olmaktadır. Sürenin bu denli kısa öngörülmesi muhatapları korumak bakımından getirilmiş bir güvence gibi gözüke de bu süre zarfında imar durum belgesinin verilmemesi bir red işlemi oluşturmamaktadır. Belgeye ilişkin kanunla düzenlenecek çerçeve içerisinde, belgeyi düzenlemesi için idareye daha makul bir sürenin (on gün gibi) verilmesi öngörülerek, bu süre sonunda sessiz kalınmasının zımnı red olarak kabul edileceğinin de hüküm altına alınması faydalı olacaktır. Bir başka çözüm önerisi de, belge taleplerinin elektronik ortamda kaydedilmesi ve süresinde değerlendirilmeyen başvurular veya hukuka aykırı şekilde düzenlenen belgeler için itiraz üzerine vesayet makamınca sistem üzerinde belge düzenlenmesine imkan tanınmasıdır. Böylece imar durum belgesinden kaynaklı ortaya çıkabilecek bir çok uyuşmazlık, yargı yoluna gidilmeksizin çözümlenmiş olacaktır. Bu çözüm, idarenin keyfi uygulamalarını azaltmasının yanı sıra, yargının iş yükünü de hafifletecektir.

İmar durum belgesinin verilmemesi suretiyle kişilerin yapılaşma hakkının sürüncemede bırakılması, kişilerin bu süre zarfında gerçekleştirilebilecek plan değişikliklerine de katlaması sonucunu beraberinde getirmektedir. Aynı durum, hatalı ya da hiç düzenlenmeyen belgeler açısından da geçerlidir. Kişiler bu gibi durumlarda yapılaşma hakkını kaybedebilmekte; muhtemel zarar olduğu gerekçesiyle uğradıkları zararlar tazmin edilmemektedir. Bu 'muhtemel' zararların önlenmesi adına, imar durum belgesi düzenlenmesi şartlarının varlığına karşın imar durum belgesi düzenlemeyen kamu görevlisine sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelere kanunda yer verilmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B, *İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin, 2000).
 Artukmaç S, *Türk İmar Hukuku* (5.Baskı, Turhan Kitabevi, 1979).
 Ayanoğlu T, *Yapı Hukukunun Genel Esasları* (Vedat, 2014).
 Boz SS, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması* (Seçkin, 2017).
 Can E, *İdari İşlemin Şekil Unsuru* (Oniki Levha, 2016).
 Davut Ş ve Coşkun Ş, 'İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi' (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1209-1209-1241.

- Dinçkol HA, 'İcrai Olmayan İşlem Türlerinden Yol Gösterici İşlemin Hukuki Değeri' (2021) 27(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1107 – 1130.
- Döner A, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları* (Oniki Levha, 2010).
- Duran L, 'İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi' (1946) 12(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 130-139.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul Üniversitesi, 1982).
- Erkut C, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (T.C. Danıştay, 1990).
- Göçgün M, *İdari İşlemin Konu Unsuru* (Oniki Levha, 2017).
- Kalabalık H, *İmar Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Seçkin, 2023).
- Kaplan O, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (Oniki Levha, 2021).
- Kaya C, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler' (2004) 9 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 253 – 284.
- Kaya C, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı* (Seçkin, 2005).
- Köroğlu Ö, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri* (Oniki Levha, 2017).
- Oğurlu Y, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu* (Seçkin, 2003).
- Öngören G, *Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku* (Öngören Hukuk 2020).
- Özdemir HE, 'İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi' (2006) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Mehmet Somer'e Armağan, 1001-1010
- Sancakdar O, *İmar Hukuku* (2. Baskı, Seçkin, 2024).
- Yaprak N, 'İmar Durum Belgesinin Hukuki Niteliği' (2020) 12 (27) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 53-77.
- Yaşar HN, *İmar Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2008).
- Zevkililer A, *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982).

Aşı Nedeniyle Özellikle COVID-19 Aşısı Sonrasında Ortaya Çıkan Zarardan İdarenin Sorumluluğu

Liability of The Administration for Damages Caused by Vaccine Especially After COVID-19 Vaccine

Mutlu KAĞITCIOĞLU* , Meliha Sermin PAKSOY** 

ÖZ

Aşı uygulamalarında idarenin sorumluluğu, COVID-19 salgını sonrasında daha da önem kazanmış bir konudur. İdarenin kolluk faaliyeti içerisinde değerlendirdiğimiz aşı uygulamalarına dair hukuki altyapı ülkelere göre değişiklik göstermektedir. Türkiye’de aşı uygulamalarına dair temel bir mevzuatın olmayışı, zorunlu aşı uygulaması ve aşidan doğan sorumluluk açısından farklı hukuki problemler ortaya çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki bireysel başvuru kararları, aşı uygulamalarındaki hukuki boşlukları tespit etmesi bakımından dikkate değerdir. Çalışmamızın konusunu oluşturan idarenin sorumluluğu ise hem zorunlu aşı hem de tavsiye edilen aşı uygulamalarında incelemeyi gerektirmektedir. Danıştay’ın aşı zararından idarenin kusurlu sorumluluğunu esas alan istikrarlı yaklaşımı tartışmaya açmıştır. Özellikle COVID-19 salgını ile tüm dünyada tartışılır hale gelmiş aşı çalışmaları ve her gün gelişen tıbbi tedavi yöntemleri sonrasında, idarenin sorumluluğunun boyutunun riskli/tehlikeli faaliyetler içerisinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Ayrıca zorunlu veya tavsiye edilen aşıda, aşının çoğunlukla aşılanan kişi kadar topluma da koruma sağlaması zararın sosyal dayanışma ilkesi çerçevesinde kamu kaynaklarından karşılanmasını haklı kılmaktadır. Bu makalede, zorunlu ve tavsiye edilen aşılar çerçevesinde idarenin sorumluluğuna dair tespitler yapılarak öneriler sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu aşı, COVID-19, İdari kolluk, İdarenin sorumluluğu, Kamu yararı.

ABSTRACT

The liability of administration arising out of vaccine injury has become an even more important issue after the COVID-19 pandemic. The legal framework regarding vaccine injuries, evaluated within the framework of administrative police activities varies from country to country. The absence of a fundamental legislation on vaccine applications in Turkey creates different legal problems in terms of mandatory vaccination and liability arising from vaccination. The individual application decisions of the Constitutional Court are noteworthy in identifying this lack of proper legislation regarding mandatory vaccines and liability arising from vaccine injuries. The focus of authors’ analysis is the liability of the administration, which needs to be examined in both mandatory and recommended vaccine applications. The consistent approach of the Council of State, which accepts the administration’s fault-based liability for vaccine damage, is open to scrutiny. Especially considering globally debated rapid and revolutionary vaccine production processes and emergency use approvals of the vaccines in the context of the COVID-19 pandemic, the administration’s liability of vaccine injury may be considered within the scope of risk/dangerous activities. In mandatory or recommended vaccination, the vaccine provides protection to the society as well as to many vaccinated people, and it also makes it right for the public to cover the damage within the framework of the principle of social solidarity. This article aims to reach more equitable conclusions regarding the administration’s liability in the context of mandatory and recommended vaccinations.

Keywords: Mandatory vaccination, COVID-19, Administrative police, Liability of the administration, Public interest.

* Doç. Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: mutlukagitcioglu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8032-0976.

** Doç. Dr. Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: melihasermin@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8363-4655.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Mutlu KAĞITCIOĞLU

E-posta/E-mail: mutlukagitcioglu@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 11.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 27.05.2024

GİRİŞ¹

COVID-19 salgını, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihi itibarıyla pandemi olarak nitelendirilmiştir. Bu salgın, halen insan sağlığı üzerindeki tehlikesini devam ettirirken, sosyolojik, siyasi ve ekonomik etkileriyle de tüm dünyayı farklı bir güzergaha sokmuştur. Aynı zamanda COVID-19 salgını bulaşıcı bir hastalığın her ülkeyi nasıl kısa sürede etki altına alabileceğini göstermiştir. Diğer ülkeler gibi Türkiye de COVID-19 salgınıyla mücadele için çeşitli hukuki tedbirler alma ve düzenlemeler yapma ihtiyacı hissetmiştir. Salgının olağanüstülüğü bir yandan hızlı karar almayı gerektirirken, bir yandan da zorlama ve yasaklama iradesini yansıtan öngörülemez hukuki düzenlemelere yol açmıştır. Konunun temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi, farklı hukuki tartışmalara ve daha önce hiç görülmemiş hukuki meselelerin doğum sancısına sebep olmuştur.

Salgına karşı yürütülen strateji çerçevesinde oluşturulan hukuki düzenlemelerin her biri, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve kamu düzeninin sağlanması açısından idarenin kolluk faaliyetiyle doğrudan ilgilidir. Aşı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Salgınla mücadelede aşı, en etkili sağlık tedbirlerinden biri olarak ortaya çıkmıştır². Her ülkede devlet destekli yoğun aşılanma kampanyaları yapılmıştır. Birçok ülkede COVID-19 aşılı hastane yoğunluklarını, bu hastalıktan ölen kişi sayısını önemli ölçüde azaltmıştır³. Aşı, her ne kadar salgınla mücadelede bu şekilde etkili bir tedbir olsa da her tıbbi müdahale gibi belirli yan etkiler içermektedir⁴. Nitekim uzun yıllardır uygulanan çocukluk dönemi aşılı dahi “*kaçınılmaz olarak risk barındırır*” olarak nitelendirilmekte⁵ ve bu aşılıların neden olduğu zararlar için özel zarar tazmini mekanizmaları öngörülmektedir. Türkiye’de aşı zararına ilişkin bu şekilde özel bir tazmin yolu bulunmamaktadır. Yan etkiler ne kadar nadir olursa olsun özellikle yan etkinin şahsında gerçekleştiği kişi için önemli zararlar doğurabilmektedir. Bu yan etkiler aşının

- 1 İdarenin COVID-19 Aşı Zararı Nedeni ile Sorumluluğu başlıklı bildiri, yazarlardan Meliha Sermin Paksoy tarafından 36. Kopaonik Doğal Hukuk Okulu Konferansı’nda sunulmuş ve bildiri kitabında tam metin olarak basılmıştır. Bu konunun Türk idare hukukunda daha detaylı yer verilmesinde ve Türkçe ele alınmasında fayda görüldüğü için, genişletilerek ve derinleştirilerek bir inceleme yapılmış ve bu makale iki yazarlı olarak kaleme alınmıştır. Karşılaştırma için bkz. Meliha Sermin Paksoy, ‘Administrative Liability for COVID-19 Vaccine Injury’, *36th Meeting of Kopaonik Natural School of Law Konferans Kitabı Cilt1* (Kopaonička Škola Prirodnog Prava Slobadan Perović 2023) 283-296.
- 2 Richard Goldberg, ‘Vaccine Liability in the Light of Covid-19: A Defence of Risk-Benefit’ (2022) 30 (2) *Medical Law Review* 266.
- 3 Seyed Moghadas, Thomas Vilches, Kevin Zhang, Chad Wells, Affan Shoukat, Burton Singer, Lauren Meyers, Kathleen Neuzil, Joanne Langley, Meagan Fitzpatrick and Alison Galvani, ‘The Impact of Vaccination on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreaks in the United States’ (2021) 73 (12) *Clinical Infectious Diseases* 2257; Oliver J Watson, Gregory Barnsley, Jaspreet Toor, Alexandra Hogan, Peter Winskill and Azra Ghani, ‘Global Impact of The First Year of COVID-19 Vaccination: A Mathematical Modelling Study’ (2022) 22 (9) *Lancet Infectious Diseases* 1293 vd.
- 4 ‘Selected Adverse Events Reported after COVID-19 Vaccination’ <<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/safety/adverse-events.html>> accessed 27 September 2023; European Medicines Agency, ‘Comirnaty: EPAR-Product information’ <https://www.ema.europa.eu/en/documents/productinformation/comirnaty-epar-product-information_en.pdf> accessed 06 March 2024; Paul Ehrlich Institut, <<https://www.pei.de/EN/medicinal-products/vaccineshuman/covid-19/covid-19-node.html>> accessed 06 March 2024.
- 5 John Winter, Camille Fletcher and Greg Margolis, ‘Vaccine-Related Liability: Past Approaches, Current Challenges, and Proposals for Encouraging Future Innovation and More Widespread Vaccine Use’ (2021) 76 (2) *Food and Drug Law Journal* 290.

üretiminde, saklanması ve uygulanmasında herhangi bir hata olmasa da ortaya çıkabilir⁶. Bu çalışmada bu zararların karşılanmasına odaklanılacaktır.

Ülkeler salgın hastalıklar ile mücadele için aşılama oranlarını mümkün olduğunca artırmaya çalışırken aşı karşıtlığı da giderek artan bir eğilim olarak ortaya çıkmaktadır. Kişinin aşılama tercihinde, olası bir yan etki halinde zararlarının karşılanacak olması önemlidir. Zira kişi, olası bir yan etki nedeniyle doğabilecek zararının karşılanacağına güvenirse, bir diğer ifade ile hukuk sistemi içinde bu noktada etkin zarar tazmin yolları varsa aşılama yönünde daha rahat karar alabilir. Nitekim CEPI (Coalition for Epidemic Preparedness Innovations)⁷ tarafından hazırlanan raporda da bir sonraki salgın ile etkili bir şekilde mücadele için ortak kusursuz sorumluluk esasına dayalı tazminat sistemi geliştirilmesi önerilmiştir⁸. COVID-19 aşısının yan etkileri nedeniyle nadir de olsa miyokardit ve perikardit gibi önemli sağlık sorunları yaşayan kişiler olmuştur⁹. Aşının önleyici bir tıbbi müdahale olduğu düşünüldüğünde, görülme sıklığı yoğun olmasa dahi sağlıklı olduğu bir aşamada aşılama kişinin, aşının yan etkisi nedeni ağır sağlık sorunları çekmesi dikkate değer bir sorundur¹⁰. Dolayısıyla, bu kişilerin zararlarının kim tarafından üstlenilmesi gerektiği üzerine düşünülmelidir.

Yan etki ortaya çıktığında, zarar aşılama kişi üzerinde bırakılabilir. Bu durumda zarar gören kişi sadece ilgili ülkenin sosyal güvenlik sisteminde genel olarak var olan imkânlardan yararlanabilir. Diğer yandan birçok ülkede zarar gören kişi, aşı üreticisine karşı dava açabilir. Bu dava, genel haksız fiil mevzuatına, ürün sorumluluğu hükümlerine veya özel olarak tıbbi ürünlerden doğan sorumluluk hükümlerine tabi olabilir¹¹. Tüm bu ihtimallerde davacı, masraflı ve birçok ispat güçlüğü içinde barındıran bir süreç ile karşılaşacaktır. Aşı zararına uğrayan davacının üreticinin kusursuz

- 6 Mary S. Holland, 'Liability for Vaccine Injury: The United States, the European Union, and the Developing World' (2018) 67(3) Emory Law Journal 416.
- 7 CEPI, kamu, özel, hayırsever ve sivil toplum kuruluşları arasındaki yenilikçi bir küresel ortaklık olarak kendini tanımlamaktadır. CEPI, <<https://cepi.net/our-approach>> accessed 06 March 2024.
- 8 CEPI, 'Delivering Pandemic Vaccines in 100 Day Report' <https://cepi.net/wp-content/uploads/2022/11/CEPI-100-Days-Report-Digital-Version_29-11-22.pdf?swcfpc=1> accessed 27 September 2023.
- 9 National Health Service, <<https://www.nhs.uk/conditions/covid-19/covid-19-vaccination/covid-19-vaccines-side-effects-and-safety/>> accessed 09 February 2024. Paul Erlich Institut, 'Bericht über Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19', 14, <<https://www.pei.de/DE/newsroom/dossier/coronavirus/sicherheitsbericht-covid-19-impfstoffe-aktuell.html>> accessed 22 May 2024. Birleşik Krallık Sağlık Güvenliği Ajansı, 'COVID-19 aşısından sonra neler beklenmeli?' başlıklı rehberinde, Pfizer ve Moderna COVID-19 aşılardan sonra nadir görülen kalp iltihabı vakalarının (miyokardit veya perikardit olarak adlandırılır) rapor edildiğine yer vermiştir, UK Health Security Agency, <<https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-vaccination-what-to-expect-after-vaccination/what-to-expect-after-your-covid-19-vaccination>> accessed 16 May 2024.
- 10 COVID-19 aşılarının güvenliği başlığında Avrupa İlaç Ajansı (EMA), ciddi yan etkiler ortaya çıkabileceğini ancak bunların çok nadir olduğunu belirtmiştir, The European Medicines Agency (EMA), <<https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory-overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/covid-19-medicines/safety-covid-19-vaccines>> accessed 16 May 2024.
- 11 Duncan Fairgrieve, Jean-Sebastien Borghetti, Samuel Dahan, Richard Goldberg, Sam Halabi, Soren Holm, Geraint Howells, Claas Kirchelle, Avinash Pillay, Eleonora Rajneri, Marco Rizzi, Martin Sintes, Samantha Vanderslott and Normann Witzleb, 'Comparing No-Fault Compensation Systems for Vaccine Injury' (2023) 31(1) Tulane Journal of International and Comparative Law 79.

sorumluluğuna başvurabildiği ülkelerde dahi bu yöntem taşı bir yol olarak görülmektedir¹². Diğer yandan aşı üreticilerine karşı, çok sayıda dava açılması, aşı üretim sürecini sekteye uğratabilecektir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde 1986 yılında Ulusal Çocukluk Dönemi Aşı Zararları Kanunu (The National Childhood Vaccine Injury Act) bu nedenle çıkarılmıştır. Zira 1980-1986 arasında aşı üreticileri aleyhine çok sayıda dava açılması bazı aşı üreticilerin piyasadan çekilmesine neden olmuştur¹³. Bu nedenle ABD'de aşı üreticilerine doğrudan dava açılması büyük ölçüde engellenmiştir¹⁴. Aşı üreticilerine doğrudan dava açılmasının engellenmesinin yerindeliği sorgulanabilir¹⁵. Fakat aşılmanın kamu sağlığı için önemi dikkate alındığında aşılarmaya teşvik için aşının yan etkileri nedeni ile ortaya çıkan zararın etkili ve hızlı bir şekilde tazmini önemlidir¹⁶. Bazı ülkelerde aşı nedeni ile ortaya çıkan zararın karşılanması için devlete etkin başvuru yolu mevcutken, bazı ülkelerde aşılamanın kişilere bu imkân sunulmamıştır¹⁷.

Bu itibarla, Türkiye'de özellikle COVID-19 salgını ile mücadele kapsamındaki aşı uygulamalarını ama aynı zamanda rutin çocukluk dönemi aşılarını idare hukuku boyutuyla ele almak önem kazanmaktadır. Bu incelemede ilk önce idarenin zorunlu ve tavsiye edilen aşı uygulamalarının niteliği tespit edilecektir. Sonrasında Türkiye'deki aşı zararlarından idarenin sorumluluğuna ilişkin mevcut hukuki durum değerlendirilecektir. Bir aşının devlet tarafından zorunlu tutulmuş olup olmaması, devletin sorumluluğu açısından neticeyi değiştirebilecektir. Bu nedenle ilk önce bir aşının ne zaman zorunlu tutulmuş sayılabileceğini ve zorunlu aşı nedeni ile idarenin sorumluluğu incelenecek; ikinci aşamada tavsiye edilen aşılardan dolayı devletin sorumluluğuna ilişkin bilgiler verilecektir. Son olarak da idarenin aşı zararını karşılamasında illiyet bağının ispatına ilişkin kolaylık sağlanması gerekliliği ortaya koyulacaktır.

I. KOLLUK FAALİYETİ OLARAK AŞI UYGULAMALARI

Aşı uygulaması, idarenin kamu düzeninin klasik unsurlarından biri olarak kabul edilen genel sağlığın (umumi sıhhat, toplum sağlığı, kamu sağlığı) korunması ve kollanması amacıyla öngörülen idari bir faaliyet olarak değerlendirilebilir. Burada kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacı yanında sağlıklı yaşama hakkının korunması da gözetilmektedir. Dolayısıyla, aşı uygulamaları idarenin kolluk faaliyeti içerisinde değerlendirilebilecek bir idari tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, bazı aşı uygulamaları sadece hastalanmadan önce değil enfekte olma sonrasında da yapılabilen bir

12 ibid 179.

13 Holland (n 6) 420.

14 Ulusal Çocukluk Dönemi Aşı Zararları Kanunu'na ek olarak, 2005 Kamu Hazırlık ve Acil Durum Hazırlık Kanunu (Public Readiness and Emergency Preparedness Act/PREP Yasası) ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin Aşı Kanunu'nu yorumlayan kararı olan *Bruesewitz v. Wyeth LLC*, birlikte aşı üreticilerine aşı hasarından kaynaklanan tazminat taleplerine karşı sorumluluk koruması sağlar, ibid 416-423.

15 Bu sistemin aşı üreticilerini, güvenlik önlemlerini artırmaya teşvik etmeyebileceği hakkında bkz. ibid 421.

16 Nicholas Pace and Lloyd Dixon, 'COVID-19 Vaccinations: Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign' (2020) September RAND Corporation PE-A761-192 1 vd.

17 'EUROPE Covid-19 Vaccine No Fault Compensation Schemes' <<https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/2023-03/Europe%20NFCS%20Report.pdf>> accessed 04 February 2024.

uygulamadır. Dolayısıyla, aşı uygulaması önleyici olduğu kadar bastırıcı niteliği olan bir idari kolluk faaliyeti olarak değerlendirilebilir¹⁸.

Anayasa'nın 56. maddesinin, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemesi, idarenin sağlık kamu düzenindeki görev ve yetkilerinin bir kaynağı olarak ele alınabilir. İdarenin bu alandaki görev ve yetkilerinin kanuni izdüşümü için ilk başvuru kanuni düzenleme Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁹'dur. Kanun'un 1. maddesinde esasen sağlık kamu düzeninin idarenin kolluk faaliyetinin amacına yer verilmiştir. Bu hükme göre, ülkenin sağlık şartlarının iyileştirilmesi ve milletin sağlığına zarar veren bütün hastalıklar veya diğer sağlığa zararlar muzır olaylarla mücadele etmek ve gelecek neslin sağlıklı olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve toplumsal yardıma erişirme devletin genel hizmeti olarak ifade edilmiştir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde²⁰ de Sağlık Bakanlığına, halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapma görev ve yetkisi verilmiştir.²¹ Yine ülkemizin tarafı olduğu bölgesel ve uluslararası metinler de idarenin sağlık kamu düzeninde kullandığı yetkilerin kaynakları olarak değerlendirilebilir²².

İdarenin her türlü kolluk faaliyetinde olduğu gibi, sağlık kamu düzeni açısından da kanunilik ilkesi Anayasa'nın 13. maddesi başta olmak üzere asli bir öneme sahiptir. Anayasa'nın 17. maddesinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller²³ dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı kabul edilmiştir. Aşı zorunluluğunun, kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin sahip olduğu serbestiye müdahale teşkil ettiği, bu yönüyle aynı kişinin temel hak ve özgürlüğüne sınırlama getirildiği açıktır, bu yönüyle aynı kişinin temel hak ve özgürlüğüne sınırlama getirildiği açıktır. Zorunlu aşı uygulamasının nihai amacı kamu sağlığının korunması yani kamu yararadır. Bu itibarla, temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı amacıyla sınırlanmasına yönelik hukuki koşulları aşı zorunluluğu için de geçerlidir. İdarece yapılması tavsiye

18 Aşı yoluyla kamu düzenine ilişkin bozukluğun önüne geçilmesi, kolluk faaliyetlerinin önleyici olma özelliğinin genel sağlığın korunması bakımından görünüm şeklini oluşturduğu belirtilmiştir, Sencer Abdullah Akkoyunlu, 'Genel Sağlığın Korunmasına İlişkin İdari Bir Faaliyet Olarak Aşı Uygulamasının Kanuniliği' (2017) 21(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 48; toplumun bulaşıcı hastalıklarından korunması amacıyla yürütülen zorunlu aşılama faaliyetlerinin idarenin kolluk faaliyetleri kapsamında sağlık unsuru içerisinde değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Mine Kasapoğlu Turhan, 'İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması' (2019) 9(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 17; Zorunlu aşılama kampanyasında, aşılananların buna rızalarıyla katılıp katılmamalarından bağımsız olarak bir kolluk faaliyet söz konusu olduğu ve zorunlu aşılama faaliyetine rıza gösterenlerin bulunmasının bu faaliyetin kolluk faaliyeti olma niteliğini ortadan kaldırmayacağı hakkında bkz. M. Ebrar Palteki, *Genel Sağlığın Korunması Amacıyla Yürütülen İdari Kolluk Faaliyetleri ve Temel Hak ve Hürriyetler* (On İki Levha 2020) 18.

19 Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Kanun Numarası: 1593, Kabul Tarihi: 24.04.1930, RG 06.05.1930/1489.

20 RG 10.07.2018/30474.

21 Aynı Kararname'de, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün; halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek; bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, surveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, gerekli önlemleri almak; sağlık tehditlerine yönelik erken uyarı ve cevap geliştirilmesi amacıyla gerekli organizasyonu sağlamak, halk sağlığını tehdit eden konularda gereken tüm tedbirleri almak ve gerektiğinde müeyyide uygulamak gibi görev ve yetkileri sayılmıştır.

22 Örneğin, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, m.12; Avrupa Sosyal Şartı, m.11 gibi.

23 Öğretide, idarenin aşı uygulayabileceği kanunda açıkça gösterilmese de genel sağlığı koruma yetkisine yer veren kanuni düzenlemelerden bu yetkinin de var olduğu yorum yoluyla çıkarılabileceği hakkında bkz. Akkoyunlu (n 18) 50.

edilen rızaya dayalı aşilar açısından tıbbi müdahalenin kamu yararı amacıyla yapılması sebebiyle, idarenin bu alandaki gözetim ve denetim faaliyetinin hukuki koşulları oluşturulmalıdır. Dolayısıyla, tavsiye edilen aşiların uygulanmasında da kanunilik koşulunun sağlanması, özellikle idarenin sorumluluğunun gündeme gelmesi ihtimali düşünüldüğünde önem taşımaktadır.

II. TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN AŞI UYGULAMASINDAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN İDARİ YARGININ YAKLAŞIMI

Danıştay, idarenin sağlık alanındaki faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan zararlarda genel olarak kusur sorumluluğunu uygulamaktadır. Eklemek gerekir ki, Danıştay, 2015 yılından önceki kararlarında bu alanda idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun varlığını aramıştır²⁴. Danıştay günümüzde sağlık hizmetlerinin geneli ile ilgili olarak idarenin sorumluluğunun tayininde alelade hizmet kusurunu yeterli kabul etmeye başlamıştır. Örneğin, Danıştay, tedavi kapsamında hastanede kan nakli sırasında bulaşan AİDS nedeniyle ölüm sebebiyle açılan davada idarenin hizmet kusuru esasına göre sorumlu olduğuna karar vermiştir²⁵. Oysa, sağlık alanında öyle tıbbi müdahaleler vardır ki, idareye atfedilecek bir kusur olmasa dahi bu müdahaleler kendi içinde risk barındırmaktadır²⁶. Fransız Danıştayı, 1993 yılındaki Bianchi kararında tedavi için gerekli ama sonucu tam olarak bilinmeyen riskli yöntemlerden dolayı devletin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir²⁷. Somut olayda davacı Bianchi arteriyografi için gerekli kontrast maddenin enjeksiyonu akabinde çeşitli sağlık sorunları (yüz felci, uzuvlarda iktidarsızlık, duyuşal bozukluklar) yaşamaya başlamıştır. Bu davada bilirkişi incelemesinde, doğasında bir risk barındıran arteriyografinin uygulamasında bir kusurun tespit edilemediği belirtilmiştir. Ancak mahkeme, hastanın teşhisi veya tedavisi için gerekli olan tıbbi

24 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sait Güran, 'Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu' (1982) 12(46-47) Danıştay Dergisi 19 vd.; Aydın Akgül, 'İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı' 2016 20(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 278 vd.

25 Danıştay 10 D, E 1997/5590 K.1999/6207, 22.11.1999, yayımlanmayan karar için bkz. Zuhul Bereket Baş, 'Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu' iç Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009 (Gazi Üniversitesi 2009) 649.

26 Bir diğer Danıştay kararındaki çoğunluk görüşünün aksine Danıştay Tetkik Hâkimi, kendisine yapılan enjeksiyon nedeniyle vücudunda meydana geldiği belirtilen hasar nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini talebinin, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı sebebiyle reddine dair İdare Mahkemesi kararının temyizinde;

"Enjeksiyon nöropatisinde, Adli Tıp Kurumu raporlarında da belirtildiği üzere mr ile siyatik sinirin geçtiği yerin belirlenmesinin mümkün olduğu belirtildikten sonra bu uygulamanın tıbbi pratiklerle bağdaşmadığı için uygulanabilir nitelikte olmadığı belirtilmektedir. Siyatik sinirin geçtiği yerin belirlenebilmesi mümkün olmakla birlikte tıbbi pratikler ve maliyetli olması açısından uygulanamaz nitelikte olduğu dikkate alındığında; idarenin bir tazmin sorumluluğunun da bulunması gerekmektedir. Zira her enjeksiyon öncesinde MR çekimi ciddi bir zaman, emek ve kaynak maliyetini gerektirmektedir. İdarenin bu maliyete katlanmaması karşılığında, kişide enjeksiyon nöropatisine bağlı oluşan ve ömür boyu devam eden vücut fonksiyon kaybına ilişkin zararı karşılaması yoluyla kamu yararı ile bireysel yarar arasında bozulan dengenin ödenecek tazminatla yeniden kurulması, hukuk devletinin ve hakkaniyetin bir gereğidir.

Girişimsel tıbbi uygulamaların bünyesinde değişen ölçekte tehlike ve risk taşıdığı dikkate alındığında, idarenin bu tehlikeli ve riskli faaliyetinden kaynaklanan zararı, idare ajanlarıncı her türlü dikkat ve özen gösterilmiş olsa yani kusursuz olsa dahi tazmini, hukuk devletinin ve hak ve nesaftin bir gereği olup, tazminat istemini reddeden temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.", görüşünü vermiştir, Danıştay 15 D, E 2013/13008 K 2018/3265, 03.04.2018 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

27 René Chapus, *Droit Administratif General Cilt I* (15. Bası, Montchrestien 2001) 1344, nakleden Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II* (Ekin 2019) 1215 dp.767.

işlemin, varlığı bilinen ancak ortaya çıkması istisnai olan bir risk barındırması, bu işlemin hastanın başlangıç durumuyla veya bu durumun öngörülebilir gelişimiyle ilgisi olmayan ve son derece ciddi nitelikte doğrudan bir zarara neden olduğundan, kamu hastanesinde sunulan hizmetten dolayı idarenin sorumlu olacağına işaret edilmiştir²⁸.

Danıştay'ın bugüne kadarki içtihadında aşı uygulamalarında kusur sorumluluğu esasını benimsediğini ifade etmeliyiz. Örneğin, Danıştay, tavsiye edilen çocukluk dönemi aşuları nedeni ile ortaya çıkan hatalı uygulamaya dayanmayan zararların kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilmesini kabul etmemektedir. Sağlık ocağında çocuk felci (oral polio) aşısı uygulanmasının ardından aşıya bağlı çocuk felci (paralitik poliomiyelit) geçirmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini için açılan davada, İdare Mahkemesi, kusursuz sorumluluk esasına dayanmıştır. Mahkeme, davacıların uğradığı zararın hizmet kusuru ilkesi çerçevesinde karşılanmasına olanak bulunmamakla beraber, davalı idarece adı geçen davacıya uygulanan aşının, bulaşıcı bir hastalık olduğu anlaşılan poliomiyelite karşı gerek ferdi olarak davacının gerekse toplumun tamamının korunmasını teminen uygulandığını belirtmiştir. Bu çerçevede mahkeme, söz konusu aşının uygulanması neticesinde davacıların uğradığı özel ve olağan dışı zararın davalı idare tarafından “kusursuz sorumluluk” esasına göre karşılanması gerektiği sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Ancak kararın temyiz yolunda bozulması üzerine verilen ısrar kararına ilişkin temyiz başvurusunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu;

“Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen Akut Flask Paralizi Vaka İnceleme Formu’nda, davacılarından K2’in rahatsızlığının uygulanan polio aşısında bağlı gelişen polio olarak tespit edildiği, Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunca verilen raporda da, hastalığın aşıya bağlı bir komplikasyon olarak geliştiği yolunda görüş bildirildiği ve aşının uygulanışında herhangi bir kusur tespitine yer verilmediği dikkate alındığında, idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı sonucuna varılmakta olup, davalı idarenin hizmet kusuru çerçevesinde tazmin yükümlülüğü doğduğundan söz etmek mümkün değildir.

Diğer yandan; idarece önceden öngörülmesi ya da önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar gelişmesi riskini içinde barındıran sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda, kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmak suretiyle de idareye tazmin yükümlülüğü yüklenmesi mümkün bulunmadığından, davacıların uğradığı zararın davalı idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre karşılanması gerektiği yönündeki ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.²⁹”

gerekçesiyle ve oy çokluğuyla İdare Mahkemesi kararını bozmuş ve hizmet kusuru esasındaki görüşünü devam ettirmiştir.

28 Conseil d’État, Assemblée, No. 69336, 09.04.1993 <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CE_LIEUVIDE_1993-04-09_69336&FromId=DZ_OASIS_000832#> accessed 03 January 2024.

29 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2016/1293 K 2018/2379, 16.05.2018; benzer yönde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2016/778 K 2018/2380, 16.05.2018; Danıştay 10 D, E 2019/10631 K 2021/1335, 23.03.2021 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 19 Aralık 2023.

İdare yargıcı, aşı uygulamalarından kaynaklı tazmin talepleriyle ilgili olarak hizmet kusuruna dayanarak bir inceleme yapmakta, Adli Tıp Kurumu başta olmak üzere ihtisas kurullarından gelen hizmet kusuru tespitlerine göre karar vermektedir. Örneğin, davacının çocuğunun kızamık aşılıyla bağlantılı olarak SPE hastalığına yakalanıp hayatını kaybetmesi sebebiyle talep ettiği maddi ve manevi tazminatın reddine ilişkin kararının incelenmesinde Danıştay; idarenin tazmin sorumluluğunun tespiti açısından, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun saptanması için dosyanın Adli Tıp Kurumuna tekrar gönderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Adli Tıp İlgili İhtisas Kurulundan taraf iddialarının irdelendiği, açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınarak olayda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yeniden irdelendikten sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayanılarak verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir³⁰. Bilirkişi incelemesi sonucunda aşidan kaynaklanan komplikasyonda bünyesinde risk barındıran bu sağlık hizmetinde idarenin hizmet kusurunun olmadığı belirtilmişse idare yargıcı tazminat taleplerini reddetmektedir³¹. Tespit ettiğimiz bir kararında Danıştay, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığını belirtmekle birlikte, davacının aşının olası risk ve sonuçları hakkında bilgilendirilerek onaminin alınmamış olması ve davacının işleme aydınlatılarak onay verme hakkının elinden alınmış olması sebebiyle davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmiştir³². İdarenin hizmet kusurunun bulunmadığının tespitine rağmen, manevi zarara yönelik tazminatın kabul edilmesi, yargı mercinin içtihadının farklı yönlerinden gelişime açık olduğunu göstermektedir.

Emsal kararlar değerlendirildiğinde aşı zararlarının karşılanması konusunda, idari yargıda hizmet kusurunun arandığı ve kusursuz sorumluluğun uygulanmasına dair görüşlerin azınlıkta kaldığı belirtilebilir. İdare yargıcının aşılarla ilişkin zararın tazmininde başvuracağı ölçütlerin değerlendirilmesinde, aşının zorunlu tutulmuş olması ile sadece tavsiye edilen nitelikte olması farklı bir incelemeyi de gerektirmektedir. Bu nedenle takip eden bölümde zorunlu aşının tanımı yapılmaya çalışılarak, zorunlu aşı ve tavsiye edilen aşı açısından idarenin sorumluluğu değerlendirilecektir.

III. ZORUNLU AŞIYA İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE

Zorunlu aşı uygulamalarının hukuki değerlendirilmesi açısından, öncelikle aşının zorunlu olup olmadığı hususunun tespiti önem taşımaktadır. Bu doğrultuda öncelikle bir aşının zorunlu olup olmadığına dair uygulama örnekleri, yargı kararları ve pozitif hukuki metinler değerlendirilmektedir. Daha sonrasında COVID-19 aşı uygulamaları çerçevesinde bir inceleme yapılmaktadır.

30 Danıştay 15 D, E 2013/4318 K 2016/3795, 26.05.2016; Danıştay 15 D, E 2019/6707, K 2019/8858, 29.01.2025, Danıştay 10 D, E 2019/6707 K 2019/8858, 27.11.2019 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2024.

31 Danıştay 15 D, E. 2016/10355 K. 2018/8235, 13.12.2018; Danıştay 15 D, E 2014/8469 K 2015/410, 29.01.2015; Danıştay 10 D, E 2019/12744 K 2021/1332, 23.03.2021 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2024.

32 Danıştay 10 D, E 2019/6367 K 2020/3122, 21.09.2020 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 06 Ocak 2024.

A. BİR AŞI NE ZAMAN ZORUNLU AŞI OLARAK NİTELENDİRİLEBİLİR?

Zorunlu aşı, belirli bir aşının kişi tarafından kendi rızasıyla yaptırılmamasının hukuki yaptırım ile karşılaşmasıdır³³. Yaptırım; aşının zorla uygulanması, para cezası verilmesi veya aşılınmayan kişinin belirli sosyal ve hukuki imkânlardan istifadesinin engellenmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Aşının zorla fiziksel olarak uygulanması aşı zorunluluğuna uymama için öngörülebilecek yaptırımların uç bir örneğidir. Çoğunlukla aşı zorunluluğundan kastedilen şey, bu değildir. COVID-19 salgını ile mücadele eden ülkelerde kişilere aşıların zorla uygulanması yöntemi benimsenmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Vavříčka ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti* kararında³⁴, aşı fiziksel olarak zorla uygulanmamasına rağmen uygulanan yaptırımın kişinin hayatı üzerindeki etkisine bakarak Çek Cumhuriyeti'nde dokuz çocukluk dönemi aşısının zorunlu tutulmasını sözleşmeye uygunluk açısından inceleme konusu yapmıştır. Bu ülkede aşılınmamaya bağlanan yaptırımlar, zorunlu tutulan aşıları olmayan çocukların kreşe kabul edilmemesi ve ailelere para cezası uygulanmasıdır.

Dünya üzerinde birçok ülke, COVID-19 salgını ile mücadelede aşırı etkin bir yöntem olarak kullanmış ama sınırlı sayıda ülke COVID-19 aşısını yetişkin nüfusun tamamı için açıkça zorunlu tutmuştur³⁵. Diğer yandan birçok ülkede belirli meslek grupları için aşı zorunluluğu uygulanmıştır³⁶. Hatta bu zorunluluğun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu iddiası ile başvurular yapılmıştır³⁷.

Yaptırımın ağırlığından bağımsız olarak, aşı yaptırmamaya olumsuz bir neticenin bağlandığı her halde aşı zorunluluğundan bahsedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁸. Bir görüşe göre ise bir hizmete veya mekâna erişimin aşılınmaya bağlanması veya aşılınmaya alternatif olarak sunulan

33 Anja Krasser, 'Compulsory Vaccination in a Fundamental Rights Perspective: Lessons from the ECHR' (2021) 15(2) *Vienna Journal on International Constitutional Law* 208. Bir görüşe göre ise isteğe bağlı aşılar, bireylerin aydınlatılmış rızalarına bağlı olarak gerçekleştirilirken, zorunlu aşılar kanun hükmünün bulunması şartına bağlı olarak rızaya tabi olmamaktadır. Gürkan Sert ve Seden Dürüstkan, 'Salgın ve Bulaşıcı Hastalıklarla Mücadelede Hukuk ve Etik' iç Öze yücel ve Gürkan Sert (edr), *Sağlık ve Tıp Hukuku Sorumluluk ve İnsan Hakları* (3. Bası, Seçkin 2023) 280.

34 *Vavříčka and Others v. Czech Republic* App no 47621/13 3867/14 73094/14 19298/15 19306/15 43883/15 (ECtHR 08 April 2021).

35 'Countries Making COVID-19 Vaccines Mandatory' <<https://www.reuters.com/business/healthcare-pharmaceuticals/countries-making-covid-19-vaccines-mandatory-2021-08-16/>> accessed 27 September 2023; 'The Countries Where Covid-19 Vaccination is Mandatory' <<https://www.statista.com/chart/25326/obligatory-vaccination-against-covid-19/>> accessed 27 September 2023.

36 *ibid.*

37 'Refusal of Requests for Interim Measures in Respect of the Greek Law on Compulsory Vaccination of Health-Sector Staff Against Covid-19' <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7113391-9633858&filename=Request%20for%20interim%20measures%20against%20Greece%20concerning%20compulsory%20vaccination%20for%20health%20staff.pdf>> accessed 27 September 2023.

38 Krasser (n 33) 208, 209; Aleksandra Alekseenko, 'Implications for COVID-19 Vaccination Following the European Court of Human Rights Decision in *Vavříčka and Others v Czech Republic*' (2022) 22(1) *Medical Law International* 75-89; Sofia Palmieri and Tom Goffin, 'De Jure and De Facto: An Overview on the Italian Measures on Compulsory Vaccination' *European Journal of Health Law* (2022) 29(1) 159; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aşı doğrudan uygulanmasa bile aşı yaptırmamaya bağlanan olumsuz sonucun inceleme konusu yapılması gereken bir müdahale niteliğinde olduğu görüşündedir, *Vavříčka and Others v. Czech Republic* App no 47621/13 3867/14 73094/14 19298/15 19306/15 43883/15 (ECtHR 08 April 2021), para 263.

erişim şartının aşırı bir çaba gerektirmesi halinde zorunluluk söz konusudur³⁹. Bu çerçevede bir ülkede COVID-19 aşısı, tüm nüfus veya belirli bir mesleğe ve gruba mensup kişiler için açıkça zorunlu tutulmamış olabilir. Fakat aşılanmayan kişiler için bu kişilerin kolay kolay vazgeçemeyeceği hizmetlere ilişkin ağır sınırlamalar getirilmiş ise bu durumda da aşının dolaylı olarak zorunlu tutulduğundan bahsetmek gerekir⁴⁰.

Kanunkoyucunun zorunluluk ifadesini kullanmış olması önemli değildir. Kişinin aşılanmama nedeni ile tabi tutulduğu zorluk açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Birçok ülkede COVID-19 aşısı yaptırmayan kişilerin ağır sınırlamalara tabi tutulduğu dikkate alınmalıdır. Bu noktada Novak Djokovic, açıklayıcı nitelikte bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır. Önde gelen bir tenis oyuncusu olduğu bir sırada COVID-19 aşısı yaptırmaması nedeni ile kariyerinin önemli turnuvalarına katılmaktan alıkonulması, bu kişinin COVID-19 aşısı yaptırmaya zorlandığı anlamına gelmektedir⁴¹. Türkiye’de de kişiyi mesleğini devam ettirmek için aşı olma zorunluluğu altında bırakan uygulamaların aşığı zorunlu hale getirdiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca aşı olmama nedeni ile getirilen genel sınırlamalar, nüfusun bir kısmını diğerlerinden daha ağır şekilde etkiliyor olabilir. Örneğin işi gereği çok seyahat eden bir iş insanı için aşılanmayan kişilere getirilen ve alternatif içermeyen bir seyahat sınırlaması aşı olma zorunluluğu anlamına gelebilir. Dolayısıyla getirilen sınırlamanın somut kişi grubunun sosyal ve mesleki hayatına etkisi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Sonuç olarak bir aşı yaptırmanın zorunlu olduğu dile getirilmese bile aşılanmayan kişi için getirilen sınırlamalar, bu sınırlamalara tabi olan kişiyi fiilen aşı yaptırmaya zorlamaktaysa aşının dolaylı olarak zorunlu tutulduğundan bahsedilmesi gerekir⁴².

Aşı olmayanlar için getirilen sınırlamanın fiili bir aşı olma zorunluluğu anlamına gelip gelmediği değerlendirmesinde kişilerin ilgili yerlere ve hizmetlere erişim için aşı olma dışında bir alternatifte sahip olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bazı ülkelerde belirli yerlere ve hizmetlere erişim için aşı olma veya negatif PCR testi ibrazı aranmıştır. PCR testi ibrazı samimi bir alternatif olduğu sürece aşı zorunluluğundan bahsedilemeyecektir. Fakat kişinin ilgili hizmete sürekli ulaşması gerekirken PCR testi çok pahalı veya zor ulaşılabilir ise, sağlanması gerçekçi olmayan bir sıklıkta tekrarlanması gerekiyorsa, bu durumda da fiili bir aşı olma zorunluluğunun söz konusu olduğunu tespit etmek gerekecektir⁴³. Örneğin bir üniversite öğrencisinin kampüse girişi için aşı olma veya üç günde bir negatif PCR testi ibrazı istenmişse, PCR testi bir öğrencinin istenen sıklıkta test olmayı finanse edebileceği kadar ucuz ve kolay erişilebilirse öğrenciye aşılanma zorunluluğu getirildiğinden bahsedilemeyecektir⁴⁴. Sağlık Bakanlığının, Hayat Eve Sığar (HES) uygulaması ile birçok kamusal

39 Jeff King, Octávio Ferraz and Andrew Jones, ‘Mandatory COVID-19 Vaccination and Human Rights’ (2021) 399 *The Lancet* 220; Lex-Atlas: Covid-19, ‘Legal, Constitutional, and Ethical Principles for Mandatory Vaccination Requirements for Covid-19’ (2021) <<https://lexatlas-c19.org/vaccination-principles/>> accessed 27 September 2023.

40 Alekseenko (n 38) 75-89.

41 Amol Rajan, ‘Novak Djokovic Willing to Miss Tournaments Over Vaccine’ *BBC* (15 February 2022) <<https://www.bbc.com/news/world-60354068>> accessed 27 September 2023.

42 Mary-Elizabeth Tumelty, Marry Donnelly, Anne-Maree Farrell and Clayton Ó Néill, ‘COVID-19 Vaccination and Legal Preparedness: Lessons from Ireland’ (2022) 29(2) *European Journal of Health Law* 19.

43 King (n 39) 220.

44 Örneğin Türkiye’de üniversite öğrencilerinin derslere katılabilmesi, kampüse girebilmesi için aşı olmaları veya haftada

ve özel hizmete ve alana erişim aşısı olmaya veya PCR testi ibrazına bağlanmıştır. Bu sınırlamaların her kişi ve meslek özelinde yarattığı kısıtlamalar farklıdır. Bu nedenle Türkiye’de COVID-19 aşısının genel nüfus için fiilen zorunlu tutulduğu söylenemese de aktif ve çalışan birçok kişi için getirilen kısıtlamaların fiili bir zorunluluk yarattığı düşünülebilir ama fiili zorunlulukta her kişi özelinde ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır.

B. TÜRK HUKUKUNDA ZORUNLU AŞI MEVZUATI

Kanuni boyutu incelendiğinde aşı zorunluluğunun Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda sınırlı da olsa ele alındığını görüyoruz. Kanun’da zorunlu aşı olarak çiçek aşısı sayılmıştır (m. 88)⁴⁵. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 94. maddesinde de bu Kanun’un 88. maddesinde zorunlu tutulan çiçek aşısını olmayanlar için yaptırım öngörülmüştür. Bu maddeye göre “*Kanuni mühlet zarfında mükerreren aşılandığını vesikalarla ispat edemiyenlerin Devlet, belediye hizmetlerinde veya hususi ve umumi ticaret ve sanayi müesseselerinde, büyük çiftliklerde istihdamı veya mekteplere kabulü memnudur.*” Ayrıca aynı Kanun’un 282. maddesinde aşı zorunluluğuna uymayanlar için cezai müeyyideler yer almaktadır. Bu maddeye göre “*Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzlü Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.*” Sonuç olarak Türk hukukunda olağan dönemde tek zorunlu aşı örneği olan çiçek aşısı için öngörülen yaptırım, belirli kamusal yerlere erişim engeli ve idari para cezasıdır. Çiçek hastalığı eradike edildiği (hastalığın tamamen yok edilmesi) için çiçek aşısı ve öngörülen yaptırımlar uygulanmasa da bu örnek konu açısından açıklayıcı niteliktedir. Burada, önleyici bir kolluk uygulaması söz konusudur.

Ayrıca aşı zorunluluğunun bastırıcı niteliği de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda sayılan hastalıklar bakımından yer almaktadır. Kanun’da 57. maddede sayılan hastalıklardan birinin ortaya çıkması ve ortaya çıkmasından şüphelenildiği takdirde, hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulamasının yapılacağı öngörülmüştür (m.72). Söz konusu hastalıklar Kanun’da; kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması olarak belirlenmiştir. Söz konusu madde metninde, herhangi bir salgın veya bulaşıcı hastalık ibareleri yer almamakta olup, hastalıkların sayma yoluyla belirlenmesi

iki kez PCR testi ibraz etmeleri istenmiştir, Bilkent Üniversitesi, <<https://w3.bilkent.edu.tr/www/2021-22-guz-yariyili-covid-19-asisi-veya-pcr-testi-gerekligi>> Erişim Tarihi 29 Eylül 2023. Bu örnekte, PCR testinin devlet hastanelerinde ücretsiz yapılabileceği ifade edilmişse de üniversite tarafından para karşılığı yapılabileceğinin belirtilmesi ve test sonuçlarının 72 saat geçerli olması, dolaylı da olsa aşının bir zorunluluğa dönüştüğü düşüncesindeyiz.

45 Kanun’un 89. maddesine göre, Türkiye sınırları dahilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanır. Açık bir şekilde belirtilmese de Kanun’daki düzenleme yaklaşımı açısından çiçek aşısının olduğunun anlaşıldığı bu maddeye göre, aşı zorunluluğunun ifa edilmesinden çocuğun anne ve babası aynı suretle sorumludur. Ebeveyni olmayan çocuklar veya ebeveyni nezdinde bulunmayan çocuklar için çocuğu bakmak üzere kabul eden kişiler veya kurumların müdürleri de sorumlu tutulmuştur.

yöntemine gidilmiştir. 57. maddedeki hastalıkların bir numerus clausus liste olduğu ve bu listenin içine yorum yoluyla COVID-19 hastalığı dahil edilemeyeceği öğretide de ifade edilmiştir⁴⁶.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndaki düzenlemelerin lafzından, Kanun'un 57. maddesinde sayılan hastalıklardaki aşının zorunlu olup olmadığı ele alınmalıdır. Umumi Hıfzıssıhha Kanun'un 72. maddesi, 57. maddede sınırlı şekilde sayılan hastalıkların⁴⁷ ortaya çıkması halinde alınacak olan tedbirler arasında “*Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki*”ni saymıştır⁴⁸. Burada aşı zorunluluğu sadece çiçek aşısındaki gibi önleyici değil bastırıcı bir kolluk tedbiri olduğundan, Kanun'da sayılan hastalıklardan birinin ortaya çıktığı veya ortaya çıktığından şüphelenildiği takdirde yapılan aşı uygulamasının da zorunlu olacağı sonucuna varılabilir. Söz konusu aşı uygulamasında da Kanun'un 282. maddesi uygulanabilecektir. Diğer taraftan 72. madde açısından da genel bir aşı zorunluluğunun bulunmadığı, Sağlık Bakanlığının öncelikle salgını belirleyeceği ve ondan sonra aşının zorunlu tutulabileceği öğretide belirtilmektedir⁴⁹.

Dolayısıyla, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu bakımından çiçek aşısı ve 57. madde kapsamındaki hastalıklar için 72. maddeye göre yapılacak aşılar dışında kalan aşı uygulamaları açısından, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndaki tedbirlerin ve yaptırımların uygulanamayacağı ifade edilebilir. Öte yandan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64. maddesine göre; 57. maddede sayılanlardan başka herhangi bir hastalığın salgın (istilai) şeklini aldığı veya böyle bir tehlikenin baş göstermesi halinde, o hastalığın veya herhangi bir hastalık şeklinin ülkenin her tarafında veya bir kısmında ihbarının zorunlu olduğunun ilan edilmesine ve o hastalığa karşı bu Kanun'daki tedbirlerin tamamını veya bir kısmını

46 Kemal Gözler, ‘Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)’ (06 Temmuz 2020) <www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024.

47 Anayasa Mahkemesi, Kanun'un 57. maddesindeki hastalıkların tahdidi olarak sayıldıklarını belirtmiştir; Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, Başvuru no 2013/1789 (11.11.2015) RG 24.12.2015/29572.

48 Burada 57. maddede doğrudan sayılmayan ancak son cümlesinde belirtilen kuduz hastalığını da 72. maddede yer verilen tedbirlerin uygulanması kapsamında düşünebiliriz. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, kuduz tedavisine ilişkin özel bir prosedür öngörmüştür. 57. maddenin son cümlesine göre “*Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduzla müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.*” Ayrıca kuduz aşısını hazırlama ve uygulama için gerekli kuruluşların, Sağlık Bakanlığı veya onun izni ve denetimi altında resmi teşkilatı tarafından açılacağı ve aşının ücretsiz uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 94).

49 Hakan Hakeri, *Tip Hukuku* (Güncellenmiş 26. Baskı, Seçkin 2024) 584; Benzer yönde Kanun'un 72. maddesindeki tedbirler arasında aşı uygulamasının 57. maddede sayılan hastalıklara ilişkin olanlarla sınırlı tutulduğu; kişilere bütün hastalıklar bakımından aşı uygulanabilmesinin öngörülmediği ve genel aşı zorunluluğunun getirilmediği görüşü verilmiştir, Akkoyunlu (n 18) 57; Özgenç'e göre ise “... *Kanun, çiçek aşısı uygulaması (m. 88) hariç olmak üzere, tıbbi müdahale ve tedavi yükümlülüğünü sadece kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan bulaşıcı hastalığa maruz kaldığı tespit edilen veya bu hususta kendisinden şüphelenilen kişiler bakımından getirmiştir. Bu itibarla, mevzuatımız, tehlikeli salgın hastalık sebebiyle olağanüstü hal ilan edilmiş olsa bile, salgın hastalığın sirayet ettiğinden şüphe edilmeyen kişilere tıbbi müdahale yetkisi vermemektedir. Sonuç itibarıyla belirtebiliriz ki, 1593 sayılı Kanun, bulaşıcı hastalıktan korunmak amacıyla da olsa, bulaşıcı hastalığa karşı bir tedbir de olsa, hasta olduğu hususunda somut şüphe sebebi bulunmayan kişilere tıbbi müdahalede bulunma yetkisi vermemektedir. Bunun tek istisnasını, çiçek aşısı uygulaması (m. 88) oluşturmaktadır.*”, İzzet Özgenç, ‘COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdigi veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri’ iç İzzet Özgenç, Halil Akkanat, Hayrettin Çağlar, Haluk Hadi Sümer ve Muhammet Özkes (edr), *TÜBA COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu (COVID-19 Salgını Dolayısıyla Ulusal veya Uluslararası Alanda Ortaya Çıkan/Çıkabilecek Hukuki Sorunların Tespiti ile Bunların Çözümüne Yönelik Öneriler Raporu)* (Türkiye Bilimler Akademisi Yayını TÜBA Raporları No: 26 2020) 25.

uygulamaya Sağlık Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Öğretide, COVID-19 hastalığının 57. maddenin kapsamında olmasa bile, 64. maddenin kapsamında bir hastalık olarak düşünülebileceği ifade edilmiştir⁵⁰. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64. maddesinin, 57. maddesinde sayılanlar dışında ortaya çıkacak başka salgın hastalıklarda da Kanun'un yetki verdiği aşı uygulamalarının zorunlu tutulabilmesine imkan verdiği yönünde bir görüş sunulmuştur⁵¹. Yine, Anayasa Mahkemesi kararına konu olan Halime Sare Aysal başvurusundaki karşı oy gerekçesinde; Kanun'un 64. maddesindeki düzenlemeyle, 57. maddede sayılanların dışındaki hastalıklar yönünden de 72. madde de sayılan tedbirleri almaya (bu meyanda aşı tatbikine) Sağlık Bakanlığının yetkili olduğunun hüküm altına alındığı, dolayısıyla, önleyici mahiyetteki genel ve zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı, belirlilik ilkesinin yokluğu nedeniyle kanunilik şartının gerçekleşmediği yolundaki değerlendirmeye katılmaya imkân olmadığı açıklanmıştır⁵².

Anayasa Mahkemesi kararında⁵³ ifade edildiği üzere, kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması bir diğer ifadeyle "*kanun kalitesi*" ("*quality of law*") de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Kanaatimizce, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64. maddesinde 57. maddede sayılanlar dışında kalan salgın hastalıklardan bahsedilmekteyse de söz konusu Kanun kapsamında, COVID-19 gibi salgın hastalıklarla ilgili alınacak tedbirler arasında zorunlu aşı uygulamasının bulunduğu söylenemez. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, zorunlu aşıda kanunilik ilkesinin sağlanması gerekli olup, söz konusu maddelerde bir temel hak ve özgürlüğe doğrudan müdahalenin kanuni unsurları yer almadığı gibi hukuki belirlilik ilkesi de sağlanmamıştır. Bu itibarla, COVID-19 salgınında aşı zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64 ve 72. maddelerinin dayanak oluşturamayacağı, bu konuda herhangi bir kanundan kaynaklı zorunlu aşı uygulamasının bulunmadığı düşüncesindeyiz. Benzer yönde öğretide COVID-19'un, Kanun'un 57. maddesinde adı geçen hastalıklardan olmadığı için Kanun'un 72. maddesindeki zorunlu aşı düzenlemesinin güncel küresel salgına karşı geliştirmiş herhangi bir aşırı kapsamadığı, aksinin anayasal "*vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı*"na aykırı olduğu ifade edilmiştir⁵⁴.

50 Gözler (n 46).

51 Diğer taraftan bu görüşteki çalışmada COVID-19 salgını ile mücadelede geliştirilen aşılardan olmasının zorunlu tutulduğu takdirde, buna uymayanların ne tür yaptırımlarla karşılaşabileceğine dair Kanun'da yaptırımların gösterilmediği de işaret edilmiştir, Sevtap Metin, 'Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu' (2021) 4 (Ek 1) İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 47-48.

52 Üye Serdar Özgüldür'ün karşı oy gerekçesi, Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu* (n 47).

53 Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, Başvuru no 2012/1035 (17.07.2014) RG 16.10.2024/29147.

54 Yazar ayrıca devamında Kanun'un 64. maddesindeki düzenlemeyi de ele alarak, bu genel nitelikli düzenlemeler ve yetkilendirmeler karşısında, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına sınır getiren aşı düzenlemesinin özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olduğu; hukukta aynı konuyu düzenleyen iki hüküm varsa bunlardan genel hüküm niteliğinde olan (lex generalis), özel hüküm niteliğinde olana karşı gücünü kaybettiğini belirtmiştir, Olgun Akbulut, 'COVID-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?' (15 Haziran 2020) <<https://www.istanpol.org/post-covid-19-akarshi-turkiye-de-zorunlu-a-m-mk-n-m>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2024. Benzer görüşte olan Erçoban Evren, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda sayılan hastalıklar haricindeki hastalıklara ilişkin zorunlu aşı uygulamasına imkan sağlayan bir hukuki dayanak bulunmadığı gerçeği karşısında zorunlu aşı uygulamasının anayasaya aykırılık teşkil edeceği görüşünü vermiştir, Ayten Erçoban Evren, 'Türkiye Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasaları ile İnsan Hakları Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Zorunlu Aşı Uygulaması' (2022) 10 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 90 vd.

Ayrıca konuyla ilgili yaptığı değerlendirmede Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64 ve 72. maddelerinde salgın hastalıklarla mücadele kapsamında alınabilecek tedbirlere yer verilmediği ve bu madde hükümlerinden COVID-19'a yönelik zorunlu aşı uygulamasına dair bir sonuca ulaşılamadığı yönünde bir tespitte bulunmuştur⁵⁵.

Aşı zorunluluğunun kanuni düzenleme ilkesiyle öngörülmemesi, hukuka aykırılık tartışmalarını gündeme getirecektir. Ülkemizde hukuki uyumsuzluklara konu olan aşı takviminde yer alan çocukluk dönemi aşuları için kanuni bir düzenleme olmadığı, idarenin bağışıklama programına yönelik genelgesiyle bu aşularının yapıldığı belirtilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli bireysel başvuru kararlarında konu bu yönüyle ele alınmıştır.

Halime Sare Aysal başvurusunda⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları nazara alınarak Kanun'un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiğini ifade etmiştir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından, velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşularının uygulanması ebeveyn tarafından kabul edilmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali edildiğine oy çokluğuyla karar vermiştir. Başvuruda incelenen Çocuk Koruma Kanunu'nda⁵⁷, korunmaya muhtaç çocuklara sağlık tedbiri uygulanması konusunda düzenlemeler yer almaktadır. Zorunlu aşı uygulamasının ve ilgili Bakanlığın genelgesinin kanuni dayanağı da söz konusu Kanun olarak idare tarafından gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, çoğunluk görüşünde genelge ile getirilen aşı zorunluluğunun kanunilik şartını sağlamadığı görüşündeyken, karşı görüş Çocuk Koruma Kanunu'na göre korunmaya muhtaç çocuk olduğundan kanunilik şartının sağlandığına, başvurucunun çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin (sağlık tedbirinin) “*acil bir sosyal ihtiyaç*” teşkil ettiğine işaret etmiştir. Kanaatimizce devletin toplum sağlığını koruma görevi, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasındaki anayasal ölçütlere riayet edilmesi şartıyla yerine getirilebilir. Birey üzerindeki kamu gücünün kullanılmasının sağlık kamu düzeni açısından makul gelecek amaçlarla gerekçelendirilmesi, anayasal ölçütlerin göz ardı edilmesine zemin oluşturmamalıdır.

Öte yandan Muhammed Ali Bayram başvurusunda⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, topuk kanı alınmasına ebeveyni tarafından muvafakat edilmeyen başvuru hakkında topuk kanı alınmasının, Bakanlığın

55 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Başvuru no 2021/1177, (11.08.2022), <<https://www.tihk.gov.tr/public/images/kararlar/tuglik.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2024.

56 Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, (n 47). Benzer yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiye Erva Kızılsu Başvurusu, Başvuru no 2013/7246 (23.03.2016); Anayasa Mahkemesi, *Salih Gökcalp Sezer Başvurusu*, Başvuru no 2014/5629 (21.11.2017) <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> Erişim Tarihi 06 Aralık 2023.

57 Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/5395.

58 Anayasa Mahkemesi, *Muhammed Ali Bayram Başvurusu*, Başvuru no 2014/4077 (29.06.2016) RG 26.10.2016/29869.

ilgili genelgelerini de ele alarak Çocuk Koruma Kanunu'nun ilgili koruma tedbirleri kapsamında kanunilik şartını sağladığını ifade etmiştir. Mahkeme bu kararında zorunlu aşı uygulamasında kanunilik şartının sağlanmadığını belirtirken, topuk kanı alınması hususunda idareye verilen yetkiler ve öngörülen müdahale amaçları çerçevesinde kanunilik şartının sağlandığı sonucuna ulaşmıştır. Tabii burada başvuru tarafından zorunlu topuk kanı uygulamasının sağlık açısından bir soruna yol açtığına ilişkin bir iddianın da ileri sürülmediği kararda belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşı uygulamasında kanunilik şartını öncelikle aramaktadır. Mahkeme Halime Sare Aysal başvurusunda, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kanunun şeklen varlığının yeterli olmadığına işaret ederek, kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade ettiğini açıklamıştır. Mahkeme, Çocuk Koruma Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, başvuruya konu müdahalenin kanuni temelini ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımadığı sonucuna ulaşmıştır. Zira aşı zorunluluğu getiren düzenlemenin kanunda yer alması gereği dışında, bu kanuni düzenlemenin açık ve anlaşılır olması ve idareye yetki verildiğinde bu yetkinin sınırlarının çizilmiş olması aranmaktadır. Türk idare hukuku açısından mevcut durumda, zorunlu aşı uygulaması sınırlı hastalıklarla ancak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu çerçevesinde idare tarafından yerine getirilebilecektir. Dolayısıyla, Anayasa'nın öngördüğü güvencelerin dışına çıkılarak herhangi bir idari işlem ile zorunlu aşı uygulaması gibi bir kamu gücünün kullanılması Anayasa'ya aykırı düşecektir. Kanunilik ilkesinin sağlanmasında amaç, parlamentoda bu kamu gücünün kullanılmasının tüm yönleriyle müzakere edilmesi ve hukuki belirlilik ilkesinin sağlanmasıdır. Halime Sare Aysal başvurusunda değinildiği üzere, kanunilik unsuru tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirli olacak şekilde hukuki belirlilik ilkesi gözetilerek oluşturulmalıdır. İdarenin takdir yetkisinin uygulandığı ve yürürlüğü öncesinde bir denetim sürecinden geçirilmeyen tek taraflı bir işlemi ile kişinin temel hak ve özgürlüğünün sınırlandırılması hukuka aykırılık doğuracaktır. Benzer şekilde hukuki belirliliğin sağlanması tavsiye edilen aşılama uygulamalarında da arzu edilmelidir.

Şu hususa da dikkat çekmek gerekir ki, Halime Sare Aysal başvurusundaki uyuşmazlık Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde idare tarafından belirlenen genişletilmiş bağışıklama programında yer alan aşılarda⁵⁹ zorunlu tutulması sebebiyle ortaya çıkmıştır. Seyit Baytüre ve Diğerleri/Türkiye kararında⁶⁰ ise başvuranların iddialarına aşının zorunlu olduğu iddialarına karşılık olarak hükümet, çocuk felci aşısının zorunlu olmadığını ama şiddetle tavsiye ettiğini savunmuştur. Karar incelendiğinde çocuk felci aşısının uygulanmasının zorunlu olup olmadığı konusunda başvuru ve idare arasında ortaya çıkan yorum farklılığının, kanunilik unsurunun sağlanmamasının bir sonucu olarak da değerlendirilebilir.

Zorunlu aşı uygulamasına dair Anayasa Mahkemesi'nin aradığı kanunilik şartının, pozitif metinlerde henüz bir karşılığının bulunmadığı da belirtilmelidir. Bireysel başvuru kararları üzerine mevzuatta

59 Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi'ne göre "Genişletilmiş Bağışıklama Programı (GBP)" kapsamında, poliomiyelit yani çocuk felci hastalığı da sayılmıştır. Bkz. Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi, <<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR-42937/genisletilmis-bagisiklama-programi-genelgesi.html>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2024.

60 *Seyit Baytüre and Others v. Turkey*, App no 3270/09 (ECtHR 12 March 2013).

ortaya çıkan bu boşluğun, parlamento tarafından giderilmesi aciliyet taşımaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, güncel ihtiyaçlara cevap verme anlamında yeterli hukuki zemini sağlayamamaktadır. Kanun'un mevcut hükümlerinin genişletilerek bugüne uyarlanması ise kanaatimizce isabetli olmayacaktır. Zira, Kanun'un ilgili hükümleri idarenin kamu gücünü de düzenleyen ve çeşitli hak ve özgürlükleri sınırlamayı sağlayan yetkileri de içermektedir. Kanun'da idareye verilmeyen bir yetkinin, genişletici bir yorumla var sayılarak uygulanması, hukuki uyumsuzlukların çözümünde hukuki belirliliği de sağlamayacaktır. Ayrıca, kanuni düzenleme yapılmasıyla zorunlu aşığı yönelik kuralların meşru amaca hizmet edip etmediği, ölçülü yani zorunlu, elverişli ve orantılı bir sınırlama yapıp yapılmadığı yönündeki yargısal incelemenin de önü açılmış olacaktır⁶¹.

C. COVID-19 AŞI UYGULAMALARINDA HUKUKİ DURUM

Türkiye'de Ocak 2021'de ilk kez CoronaVac aşısı için idare⁶² tarafından acil kullanım onayı verilmiştir. COVID-19 salgınında aşılama politikaları ise Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmiştir. Sağlık Bakanlığı, aşılamaı teşvik edici yöntemlerle salgın stratejisini oluşturmuştur. COVID-19 salgınıyla mücadelenin asıl karşılığı ise idari işlemler düzeyinde görülmüştür. Olağanüstü hâl ilan edilmeksizin, 7226 sayılı Kanun⁶³ ile 7244 sayılı Kanun'daki⁶⁴ düzenlemeler haricinde, yürürlükteki kanunlar dayanak gösterilerek tesis edilen idari işlemlerle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yaklaşımları benimsenmiştir. Gözler bu yaklaşımı dört aşamada inceleyerek, sürecin hukuka aykırılıklarını ortaya koymaktadır: 1. Aşama: Cumhurbaşkanlığı kabinesi aşaması; 2. Aşama: Bakanlık aşaması; 3. Aşama: İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu aşaması; 4. Aşama: Uygulama aşaması. Yazar, pandemiyle mücadele sürecinin, olmayan bir kurulun olmayan kararlarıyla başlayıp, şekil olarak dahi hukuka aykırı işlemlerle devam ettiğini ve kanuna aykırı idari yaptırım kararlarıyla müeyyidelenildiğini belirtmiştir⁶⁵.

Bir kanuna dayanmaksızın ya da dayandığı belirtilen kanun maddeleriyle uyumsuz olarak çok çeşitli ve oldukça farklı içerikteki kolluk tedbirleri ve yasakları uygulanmıştır. Özellikle sokağa çıkma yasağı, aşı belgesi veya PCR testi ibrazı zorunluluğu, maske takma zorunluluğu, şehirler arası seyahat yasağı gibi kolluk tedbir ve yasaklarının idarenin kanuniliği ilkesi ve Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde ciddi sorunlar taşıdığı görülebilir. Yine COVID-19 salgınıyla mücadelede kolluk faaliyetinin önemli bir ayağına da sosyal ve ekonomik haklara ilişkin alınan tedbirler ve yasaklar da oluşturmaktadır:

61 Örneğin Carlo Boffa ve diğer 13 başvuran v. San Marino başvurusunda, zorunlu aşı uygulamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu özetle; zorunlu aşı uygulamasının bireyin yaşamında ciddi bir tıbbi riski oluşturduğuna dair bir delil olmadığı, müdahalenin kanunla öngörüldüğü, kamu sağlığını koruma ve kamu yararı amacı taşıdığı, müdahalenin orantılı olduğu ve diğer gerekçelerle başvuruçuların taleplerini reddetmiştir, *Carlo Boffa ve diğer 13 başvuran v. San Marino App no 26536/95* (ECtHR 15 January 1998).

62 Söz konusu onay, kamu tüzel kişiliği bulunan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından verilmiştir.

63 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7226, Kabul Tarihi: 25.03.2020, RG 26.03.2020/31080 Mükerrer.

64 Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7244, Kabul Tarihi:16.04.2020, RG 17.04.2020/31102.

65 Kemal Gözler, 'Pandemiyle Mücadele Sürecinin Hukukî Şeması: Bir Özet' (18 Mayıs 2021) <www.anayasa.gen.tr/pandemi-ozet.htm> Erişim Tarihi 22 Kasım 2023.

İçişleri Bakanlığı genelgeleri ve İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararları bu anlamda hukuki açıdan çok yönlü sakatlıkları barındırmaktadır. Genelgelerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki anayasal aykırılık yanında, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda İl Umumi Hıfzıssıhha Kuruluna tanınan yetkileri aşan kararlar alınmıştır. Salgınla mücadeleye özgü temel bir kanun yapılmasının gerekliliğine dair teorik argümanın haklılığı, genelgelerin uygulanması sürecinde pratik hayatta ortaya çıkmıştır. Zira çıkarılan genelgeler Resmi Gazete'de yayımlanmadığı gibi web sayfasında ilan edilenlerinde getirilen tedbirlerin ve yasakların anlamı ve kapsamı hakkında hukuki belirsizlikler yaşanmıştır. İfade etmek gerekir ki, uygulamaya konulan tedbirler ve yasakların salgınla mücadelede gerekliliği açısından bilimsel yönden açıklamalar sunulabilir. Ancak, bu gerekliliğin meşruluğu için anayasal ilkelere uygun hukuki zemin sağlanmalıdır⁶⁶.

COVID-19 salgınında ülkemizde bu hastalığa karşı genel nüfus için açık bir aşı zorunluluğu getirilmemiştir⁶⁷. Bazı ülkeler açık aşı zorunluluğu getirirse de⁶⁸ Türkiye'de bu yöntem benimsenmemiştir. Öte yandan, bazı faaliyetler ve sektörler için PCR testi gerekliliği öngörülmüştür. Örneğin İçişleri Bakanlığının 20.08.2021 tarihli Genelgesi'nde⁶⁹, bazı faaliyetlere ve etkinliklere katılım ile şehirlerarası seyahatler için PCR testi zorunluluğu getirilmiştir. Hemen hemen her ülkede sağlık otoriteleri ve görevdeki politik liderler vatandaşların COVID-19 aşısı olması konusunda basit bir tavsiyeden öte ısrarcı olmuşlardır. Örneğin Sırp Hükümeti, kişileri aşılana teşvik için para ödemeyi kabul etmiştir⁷⁰.

COVID-19 aşısı nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluk, olağan dönemdeki zorunlu aşı uygulamasından doğan sorumluluktan farklılaşabilecektir. COVID-19 salgını döneminde yapılması "önerilen" aşılarla dair, kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Kişilerin kendi talebiyle yapılan bu aşılarından dolayı, idarenin sorumluluğu için hukuki gerekçeler idarenin düzenleyici işlemlerinde yani genelgelerde yer almaktadır⁷¹. COVID-19 salgınında aşıların önerilmesi ve önerilen aşıların uygulanmasının da idarenin kolluk faaliyeti niteliğinde bir kolluk tedbiri olduğunu belirtebiliriz.

66 Kamuoyuna yansıyan yargı kararları da dikkat çekicidir. Örneğin, sokağa çıkma yasağı tedbirini ihlal gerekçesiyle Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca uygulanan idari para cezasına itirazda mahkemece; salgın ve bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında alınacak "maske takma tedbiri/yükümlülüğü"nü Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda açıkça düzenlenmediği açıklamasını da içeren gerekçeyle, idari para cezasının iptaline karar verildiği görülmektedir, bkz. Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliği, D İş 2020/7884, 31.12.2020, 'Sokağa çıkma yasağının ihlali sebebiyle kesilen idari para cezasının iptaline dair emsal karar' (06 Ocak 2021)

<<https://www.hukukihaber.net/kararlar/sokaga-cikma-yasaginin-ihlali-sebebiyle-kesilen-idari-para-cezasinin-h439993.html>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2023; Anayasa'nın tehlikeli salgın hastalıklar konusunda azımsanmayacak hükümler içerse de mevzuat değişikliği ihtiyacın acil olduğuna işaret edilmiştir, Tolga Şirin, 'Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş' (2020) 9(17) Anayasa Hukuku Dergisi 131.

67 Zorunlu aşıya ilişkin Sağlık Bakanlığı tarafından hükmü bağlanmış bir karar olmadığından COVID-19 aşısının isteğe bağlı aşı sınıfında olduğu belirtilmiştir, Sert ve Dürüstkan (n 33) 281.

68 Avrupa Birliği içinde Avusturya, Şubat 2022'de COVID-19 aşılarını yapmayı zorunlu hale getiren ilk ülkedir.

69 T.C. İçişleri Bakanlığı, <<https://www.icisleri.gov.tr/bazi-faaliyetler-icin-pcr-testi-zorunlulugu-genelgesi-gonderildi>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023.

70 Ed Holt, 'Serbia Begins Paying Citizens to Receive a COVID-19 Vaccine' (2021) 397(10287) The Lancet 1793.

71 COVID-19 salgını ile mücadelede zorunlu aşı uygulaması için ayrı bir kanun yapılması, kanunla aşı belgesinin öngörülmesi ve aşılama durumuyla yaptırımların düzenlenmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. Ünsal Dönmez ve Güllü Gözdenur, 'Covid-19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu Aşı Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler' iç Kemal Şenocak (edr), COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları (Yetkin 2021) 973.

Salgın döneminde kişilerin tercihine bırakılsa da amaç toplum bağıışıklığı ve sağlık kamu düzeninin korunması olduğundan ve PCR testi, çeşitli özgürlüklerin kısıtlanması gibi yan yükümlülüklerle yoğun bir aşı yapma teşviki bulunduğundan ve aşı yaptırmamanın, çeşitli ve zorlayıcı sonuçları olduğundan, toplumun belirli grupları bakımından burada da zorunlu bir aşı politikasının yürütüldüğü ve kolluk tedbirinin uygulandığı ifade edilebilir. Örneğin, çalışanlara yönelik uygulanan tedbirler açısından zorunlu kılınma niyetini taşıyabilen bu aşilar, çalışma hayatında yer almayanlar için bu zorunluluk seviyesine ulaşmamış olabilir⁷². COVID-19 salgınında yapılan aşiların “zorunluluğu kendi içinde saklı aşı”lara dönüştüğü söylenebilir.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İDARENİN ZORUNLU AŞI NEDENİ İLE SORUMLULUĞU

Fransa, Macaristan, İtalya, Slovenya, Güney Kore, Tayvan ve ABD gibi COVID-19 salgını öncesinde de zorunlu aşilar nedeni ile kamusal tazmin mekanizması öngörülmüştür⁷³. Bazı ülkelerde ise COVID-19 salgını sonrasında aşı zararları nedeni ile kamusal tazmin mekanizması düzenlenmiştir⁷⁴. Bu yollar ülkeden ülkeye değışmekle birlikte aşı nedeni ile ortaya çıkan zararları tamamen veya kısmen idari başvuru yoluyla kusursuz sorumluluk esası ile tazmin etmektedir.

Zorunlu aşı açıklandığı üzere doğrudan veya dolaylı yaptırımlarla kişilerin aşı yaptıрма yükümlülüğü altında bırakılmasıdır. Bu durumda aşılana kişilerin aşılama konusundaki özgür tercihine müdahale edilmektedir. Hem aşılana kişinin özgür iradesine yapılan bu müdahale hem de zorunlu tutulan aşının toplumsal faydası nedeniyle aşidan zarar gören kişinin zararının kamu kaynaklarından karşılanmasını gerektığı düşünölmektedir⁷⁵.

12.02.2004 tarihli ve U-I-127/01 numaralı kararında Slovenya Anayasa Mahkemesi, tüberküloz, difteri, tetanoz, boğmaca, çocuk felci, kızamık, kabakulak, kızamıkçık ve hepatit B'ye karşı zorunlu aşılama sisteminin anayasaya uygunluğunu onarken aşının yan etkilerinden kaynaklanan sağlık zararları için tazminat hakkını düzenlememesini bir eksiklik olarak tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre özellikle aşılamanın zorunlu hale getirilmesinin temelini oluşturan dayanışma ilkesi uyarınca, herkesin yararına böyle bir önlem alınmasını emreden devletin, zararlı yan etkilerle karşılaşanlara tazminat ödemesi gerekmektedir⁷⁶.

72 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 02.09.2021 tarihli Genelgesi ile COVID-19 aşısı olmayan işçilerden zorunlu olarak haftada 1 kez PCR testi yaptırmalarının işyeri/işveren tarafından istenebileceğı kabul edilmiştir, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, <<https://www.csgb.gov.tr/duyurular/is-yerlerinde-covid-19-tedbirleri>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023.

73 Fairgrieve (n 11) 78. Katie Attwell, Shevaun Drislane and Julie Leask, 'Mandatory Vaccination and No-Fault Vaccine Injury Compensation Schemes: An Identification of Country-Level Policies' (2019) 37(21) Vaccine 2845.

74 Fairgrieve (n 11) 78.

75 ibid 94.

76 Slovenya Anayasa Mahkemesi, No U-I-127/01 (12 February 2004) <<http://odlocitve.us-rs.si/documents/12/2c/u-i-127-012.pdf>> accessed 27 September 2023.

İtalyan Anayasa Mahkemesi de aşı zararının tazmini için üç yıllık bir hak düşürücü sürenin öngörüldüğü bir kanun düzenlemesinin anayasaya uygunluğunu değerlendirmiştir⁷⁷. Bu kararda mahkeme zorunlu olarak aşılana kişilerin, belirli bir risk içeren bir tıbbi müdahaleden kaynaklanan normal ve tolere edilebilir sonuçların ötesinde bir zarara uğramaları durumunda bu kişilere adil bir tazminatın tanınması gerektiğini belirtmiştir. Buna karşı Slovakya Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşının anayasaya uygunluğunu değerlendirirken, aşı zararına uğrayan kişiler için tazmin mekanizması öngörülmemesi nedeniyle anayasaya aykırılık olduğuna hükmetmemiştir⁷⁸.

ABD’de birçok eyalette çocukluk dönemi aşıları zorunludur⁷⁹. ABD’de çocukluk dönemi aşıları nedeni ile ortaya çıkan zarar Ulusal Aşı Yaralanmaları Tazminat Programı (NVICP) çerçevesinde kusursuz sorumluluk esası ile tazmin edilebilmektedir⁸⁰. Bu programın amacı aşı üretici üzerindeki baskıyı azaltılması ve aşı nedeni ile zarar gören kişilere hızlı tazmin imkânı sağlamaktır. Haksız fiil esasına dayalı davalara alternatif olarak geliştirilen bu sistem, yaygın olarak görülen yan etkiler için illiyet bağı varsayımını kabul eder. Bu, birçok davanın uzamasına neden olan illiyet bağının ispat edilmesinin zorluğunu ve zaman kaybını önlemeyi amaçlamaktadır. Fakat belirlenen tabloda yer almayan zararlar için illiyet bağının ispatı gerekmektedir⁸¹. Bu noktada da çok yüksek bir ispat şartı aranmamaktadır, zararın aşı nedeni ile ortaya çıkmasının daha yüksek bir olasılık olarak ortaya konulması yeterli görülmektedir⁸².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Vavrička ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti kararında zorunlu tutulan aşı nedeni ile ortaya çıkan zararın devlet tarafından karşılanmasının sözleşmeye uygunluk değerlendirmesi ile ilgili olduğu ifade etmiştir⁸³. Bu da Mahkeme’nin aşının zorunlu olması halinde yan etki nedeni ile ortaya çıkan zararın ilgili devletçe karşılanmamasını ihlal olarak değerlendireceğine işaret etmektedir. Vavrička ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti kararında zorunlu aşının hukuka uygunluğu sosyal dayanışma esasına bağlanmıştır. Bir aşı sosyal dayanışma anlayışıyla zorunlu hale getirildiğinde aynı sosyal dayanışma anlayışıyla aşının yan etkisinin şahsında ortaya

77 ‘Italy: Constitutional Court Declares Provision on Compensation for Vaccine Injuries Unconstitutional’ <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2023-04-24/italy-constitutional-court-declares-provision-on-compensation-for-vaccine-injuries-unconstitutional/>> accessed 27 September 2023.

78 *Vavrička and Others v. Czech Republic* App no 47621/13 3867/14 73094/14 19298/15 19306/15 43883/15 (ECtHR 08 April 2021) para 229.

79 ‘State School Immunization Requirements and Vaccine Exemption Laws’ <<https://www.cdc.gov/phlp/docs/school-vaccinations.pdf>> accessed 27 September 2023.

80 ‘National Vaccine Injury Compensation Program’ <<https://www.hrsa.gov/vaccine-compensation/about>> accessed 27 September 2023.

81 Institute of Medicine, ‘The Children’s Vaccine Initiative: Achieving the Vision’ (1993) National Academies Press, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK236419/>> accessed 27 September 2023.

82 Dorit Reiss, ‘Liability for COVID-19 Vaccine Harms: We Need to Do Better’ (21 October 2022) <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2022/10/21/liability-for-covid-19-vaccine-harms-we-need-to-do-better> accessed 27 September 2023.

83 *Vavrička and Others v. Czech Republic* App no 47621/13 3867/14 73094/14 19298/15 19306/15 43883/15 (ECtHR 08 April 2021). Fakat Çek Cumhuriyeti aleyhine yapılan başvuruda başvuranların aşı reddinde devlet tarafından tazmin imkânının olmamasının başvuranların reddinde etkili olmadığı gerekçesi ile ihlal yönünde karar vermemiştir.

çıktığı kişinin zararı da karşılanmalıdır⁸⁴. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü, COVID-19 aşuları zorunlu tutulduğunda, uygulamanın tazminat programları ile tamamlanmasına dikkat çekmiştir⁸⁵.

V. ZORUNLU AŞIDA İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Zorunlu aşuların yan etkisi sebebiyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmininde idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Toplumsal bağışıklığın sağlanması bakımından zorunlu aşı uygulamasında bir kamu yararı söz konusu olduğundan, zararın kamu kaynaklarından karşılanması makul bir sonuç olacaktır. Zorunlu aşı uygulamasının kanuna dayandığı durumda, aşidan kaynaklı zararların tazmini için idarenin kamu hukuku alanında sorumluluğu doğacaktır. Bu sorumluluğa bağlı talepler ise idari yargı nezdinde dava konusu edilebilecektir.

İdarenin kusurlu (hizmet kusuru) ve kusursuz sorumluluğunun bulunup bulunmadığı açısından zorunlu aşı uygulaması hukuki tartışmalara açıktır. Kanaatimizce aşı uygulaması nedeniyle ortaya çıkan zararın, illiyet bağı koşulu sağlandığı takdirde kusursuz sorumluluk yani objektif sorumluluk esasına göre idari yargıda tazmin edilmesi gerekmektedir. Kusursuz sorumluluk türlerinden ise risk (tehlike) sorumluluğu değerlendirilebilir. İdarenin kusursuz sorumluluğuna sebep olan risk özel (istisnai) bir risk olması gerektiğinden, bu riskin varlığının tespiti her somut olay özelinde bir incelemeyi gerektirmektedir. Risk ilkesinde klasik olarak, çeşitli silahların ve tehlikeli araçların kullanılmasından, nükleer santral ve cephanelik tarzında tehlikeli tesislerdeki faaliyetlerden kaynaklanan zararlardan, idarenin kusur aranmaksızın sorumlu tutulması örnekleri yer almaktadır. Bu durum risk ilkesinin dar anlamına işaret eder. Burada zarar gören kişinin başkaları için katlandığı risklerin varlığından bahsetmek gerekir. Risk ilkesinin geniş anlamında ise idarenin her faaliyetinde başkaları için bir zarar ihtimali görülerek bunun rizikosunu faaliyetin sahibine yükletilmektedir⁸⁶.

İdare hukuku içtihadı ve teorisi, idarenin kusurlu olmadığı ya da kusurlu olsa dahi kusurun ispatının gerekli olmadığı kabul edilen bazı hallerde⁸⁷, idarenin kusursuz sorumluluk esasıyla tazmin yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir. Bir kararında Danıştay, idari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan veya aniden ortaya çıktığı için önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen hallerin, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıktığı, dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam ettiğinden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da kusursuz sorumluluğunun devam ettiğini, bu nedenle beklenmeyen haller nedeniyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini

84 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, 'Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı- Vavrička Kararının Öğrettikleri' (2022) 19 (3) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 502.

85 World Health Organization, <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/354585/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2022.1-eng.pdf?sequence=1>> (30 May 2022) 1 accessed 27 September 2023.

86 Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1979) 322.

87 Öyle ki, kusursuz sorumluluk türleri arasında değerlendirilebilen sosyal risk ilkesinde, illiyet bağı bulunmaksızın terör olaylarından dolayı ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmini söz konusudur.

ifade etmiştir⁸⁸. Benzer bir yorum kendiliğinden riskli bir faaliyet olan sağlık alanındaki faaliyetleri çerçevesinde yapılabilir. İdare, her türlü özen yükümlülüğünü yerine getirirse dahi, tıbbi müdahaleden kaynaklı bazı istisnai ve olağan dışı zararların giderilmesinden sorumlu tutulabilir.

Sağlık alanındaki idarenin faaliyetlerinin hemen hepsi kendi bünyesinde bir risk barındırmaktadır. Bu doğrultuda bu alanda risk ilkesinin geniş anlamıyla bir değerlendirme yapmak isabetli olmayacaktır. Öte yandan sağlık alanında öyle yöntemler vardır ki bunların uygulanması topluma yönelen genel bir faydayı da içerdiğinden idarenin kusursuz sorumluluğuna devreye girebilmelidir. Aşı uygulamaları, kaçınılmaz olarak içinde risk barındıran müdahaleleri içermektedir. Aşı üretiminde, aşının saklanması ve uygulanmasında bir hata olmasa bile bazı kişiler nezdinde aşının öngörülen ama engellenemeyen yan etki zararları ortaya çıkacaktır. Bu nedenle risk ilkesinin dar anlamıyla bir değerlendirme yapılarak, aşı uygulamalarının toplumsal bağışıklamayı sağlamaya yönelik riskli bir faaliyet olarak ele alınması gereklidir.

Ekleme gerekir ki, özellikle zorunlu aşılamada salt kişinin iradesinden bağımsız kamunun yararına bir müdahale söz konusu olup, ortaya çıkan zararın kamunun katlanacağı bir külfet olarak düşünülmesi de gerekmektedir.⁸⁹ Zorunlu aşılanmanın nihai amacı sosyal dayanışma yani kamu yararı ise aşılana kişilerin meydana gelen risklerden kaynaklı zararının herhangi bir kusur şartına bağlanmaksızın kamu tarafından giderilmesi sağlık hakkının korunması açısından da önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vavrička ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti kararında⁹⁰ çocukların aşılanması için ifade edilen sosyal dayanışma ("*social solidarity*") vurgusu burada da önem taşımaktadır. Kararda belirtilen nüfusun kalanın aşı şeklindeki asgari bir riski onlar adına üstlenmesi istenen kişiler başta olmak üzere toplumun bütün üyelerinin sağlığını korumak amacı, zorunlu aşılar için de söz konusu olup burada da bir sosyal dayanışma değeri bulunmaktadır. Dolayısıyla zorunlu aşı uygulamalarından kaynaklanan öngörülemeyen riskin gerçekleşmesinde, aşılana kişinin çekişmeli bir yargılama süreci içinde bırakılması ve ispat yüküne katlanması bu yönden de hakkaniyeti sağlayacak hukuki bir durum ortaya çıkarmayacaktır.

Öğretide, sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin, belli durumlarda ve konularda derhal uygulamaya sokulması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır⁹¹. İdarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimliğin gereklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi

88 Danıştay 10 D, E 2004/9232 K 2007/2720, 18.05.2007 <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2024.

89 Kusursuz sorumluluk halinde kamu görevlisine rücu yükümlülüğü olmadığı da göz önünde tutulmalıdır.

90 *Vavrička and Others v. Czech Republic* App no 47621/13 3867/14 73094/14 19298/15 19306/15 43883/15 (ECtHR 08 April 2021).

91 "Özellikle riskli ya da yeni denenen tedavi yöntemleri veya ilaçlar gibi mesleki risk ilkesinin uygulanabileceği durumlar da bulunabilecektir ve bu kapsamda kusursuz sorumluluğa başvurulması gerekir.", Dilşad Çiğdem Sever, 'Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu' iç Özge Yücel ve Gürkan Sert (edr), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (3. Bası, Seçkin 2023) 372. Akgül (n 23) 288; "Bio-medikal gelişmelerin insan hakları alanında yol açtığı değişikliklerin insanı özne konumundan konu insana dönüştürmek üzere olması nedeniyle, bu alanda yeni hakların gelişmesinin yanında, idarenin sağlık hizmetleri alanındaki kusursuz sorumluluğunun yeniden gözden geçirilmesi ve geliştirilmesi kaçınılmaz bir gerçektir.", Bereket Baş (n 25) 648 vd.; Zehra Karakuş Işık, *Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu* (Seçkin 2018) 152.

özünde risk taşıyan faaliyetlerinde, illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğine dikkat çekmektedir⁹². Nitekim Fransa'da 1964 yılında çıkarılan ve çocuklar için difteri, tetanoz, çocuk felci aşılarının zorunlu uygulanmasını öngören Kanun'da hukuka uygun olarak yapılabilecek işlemler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanun'da belirtilen koşullar altında ve onaylı bir aşılama merkezinde gerçekleştirilen zorunlu aşılamaya doğrudan atfedilebilen her türlü zararın tazminin devlet tarafından karşılanacağı kabul edilmiştir⁹³. Bu itibarla zorunlu aşı uygulamasında, idareye atfedilecek bir kusur bulunmasa dahi aşının kendisinden ve uygulamasının barındırdığı riskler nedeniyle ortaya çıkan zararı, kusuru olmasa dahi idarenin risk ilkesi esasına göre tazmin etmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

VI. TAVSİYE EDİLEN AŞI NEDENİ İLE İDARENİN SORUMLULUĞU

Birçok ülkede hükümetler COVID-19 aşısı yaptırılmasını yoğun bir şekilde teşvik etmiş ama açıkça aşı zorunluluğu getirmemiştir. Benzer şekilde çocukluk dönemi aşıları da birçok ülkede zorunlu değildir ama sağlık otoriteleri tarafından tavsiye edilmektedir. Tavsiye edilen aşılar nedeniyle idarenin sorumluluğu ayrıca değerlendirilmelidir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA İDARENİN TAVSİYE EDİLEN AŞI NEDENİ İLE SORUMLULUĞU

Bir ülkenin zorunlu tutmadığı aşının komplikasyonu nedeni ile doğan zararı karşılamak zorunda olup olmadığı Seyit Baytüre ve Diğerleri/Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ele alınmıştır⁹⁴. Karara konu olan olayda başvuru anne ve baba bir diğer başvuru olan çocuklarını üç aylık iken doktor tavsiyesi üzerine çocuk felci ve diğer birkaç hastalığa karşı aşılatmıştır. Bu aşının 2.500.000'da bir görülen yan etkisi olarak çocuk başvurusunun sağ ayağı felç olmuştur⁹⁵. Davacıların zararlarının karşılanmasına ilişkin talebi yerel ve üst mahkeme tarafından aşının uygulanmasında herhangi bir hata olmadığı ve ortaya çıkan sonucun çok nadir rastlanan ve önlenemeyen bir komplikasyon olması nedeni ile reddetmiştir.

92 Yazar, belli bir takım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de risk/sosyal risk ilkesine kaydırılmasının artık kaçınılmaz olduğunu da ifade etmiştir, Güran (n 24) 21, 22. Sağlık kamu hizmetinde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebileceği hakkında diğer görüşler için bkz. Gürsel Kaplan, 'İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler' (2004) 19(1) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi 195.

93 Loi No. 64-643 (01 Juillet 1964) 'Relative a la Vaccination Antipoliomyelitique Obligatoire et a la Repression des Infractions a Certaines Dispositions du Code de la Sante Publique' <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000684954>> accessed 25 December 2023.

94 *Seyit Baytüre and Others v. Turkey* (n 60).

95 İdare Mahkemesine sunulan uzman görüşe için oluşturulan komisyon somut olayda; kaslarda felcin eşlik ettiği poliyomyelit şekli (poliyomyélite paralytique) durumlarının sıklığının, son derece ender rastlanan (2 500 000 000 kişide 1 vaka) VPO yöntemiyle birleştirdiği, istenmeyen bu durumun, hastanın savunma sisteminin yetersizliğinde etkisini gösterdiği ve tıbbi olarak bunu engellenmenin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Komisyon, başvuru sahiplerinin çocuklarının da bu komplikasyonun mağduru olduğunu açıklamıştır.

Bu kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, zorunlu tutulmayan söz konusu aşının hatalı uygulandığının veya riski önlemek için gereken önlemlerin alınmadığının ileri sürülmediğini, ortaya çıkan zararın nadir rastlanan bir komplikasyondan kaynaklandığını tespit etmiştir. Mahkeme, bu durumda ortaya çıkan zararın karşılanmasının ülkelerin sosyal güvenlik tercihi olduğunu, aşının komplikasyonları nedeni ortaya çıkan zararın karşılanmamasının ihlal teşkil ettiğine dayalı tazminat talebinin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi kapsamında dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddetmiştir. Bu karara göre Mahkeme, iki halde devletin tavsiye edilen aşı nedeni ile sorumlu olacağını düşünmektedir. Eğer tavsiye edilen aşı hatalı uygulanmışsa, devlet verilen zararı karşılamalıdır. Tavsiye edilen aşının engellenebilecek riskleri nedeni ile zarar ortaya çıkmışsa bu durumda da devletin tasviye edilen aşı nedeni ile sorumluluğu olabilir. Aşıların kontraendikasyonu olan kişilere uygulanmaması gerekir. Tavsiye edilen aşılar da bu nedenle kontraendikasyonun araştırılması gerekmektedir. Bu araştırmanın yapılmaması nedeni kişi zarara uğrarsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Fakat önemle vurgulanmalıdır ki Mahkeme kararının içeriğinden anlaşıldığı üzere (par.13) Danıştay Başsavcısı başvurusu ailenin talebine ilişkin olarak idarenin kusursuz sorumluluğunun değerlendirilebileceği kanaatini bildirmiştir.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İDARENİN TAVSİYE EDİLEN AŞI NEDENİYLE SORUMLULUĞU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin tavsiye edilen aşının komplikasyonu nedeni ile kural olarak sorumlu tutulamayacağını belirtmiş olsa da birçok ülkede tavsiye edilen aşılar nedeni ile ortaya çıkan zararın karşılanması tercih edilmektedir. İlk önce Almanya'da uygulanmaya başlayan bu tercih günümüze geldiğinde içinde gelişmiş ama aynı zamanda Nepal ve Vietnam gibi birçok ülkede benimsenmiştir⁹⁶. COVID-19 bu eğilimi güçlendirmiş ve bazı ülkeler COVID-19 salgını sonrasında aşı zararının kusursuz tazminini öngören programlar başlatmışlardır⁹⁷. Bunun temelinde, aşılardan kişinin sadece kendi yararına değil aynı zamanda toplum yararına hizmet etmesi nedeni ile yan etkinin zararının toplum tarafından karşılanması gerektiğinin düşünülmesi yer almaktadır⁹⁸. Aynı düşünce pek tabii zorunlu tutulan aşılar için de geçerlidir. Bir kişinin aşılansın sürü bağışıklığına ulaşılmasında, hastane yoğunluklarının ve tedavi masraflarının azaltılmasında ve iş görememe nedeni ile uğranılan ekonomik kaybın önlenmesinde toplumsal katkı sunmaktadır⁹⁹. Bu zararların tazmini için oluşturan fonlar tamamen devlet tarafından finanse edilebildiği gibi fona ilaç şirketlerinin de katkı sunduğu örnekler de mevcuttur. Bazı sistemlerde finansman aşı ücretine eklenen bir vergi ile karşılanmaktadır¹⁰⁰.

96 Sam Halabi, 'Solving the Pandemic Vaccine Product Liability Problem' (2021) 12(1) UC Irvine Law Review 148; Fairgrieve (n 11) 80, 81.

97 Kanada ve Avustralya bu ülkelere örnektir; Fairgrieve (n 11) 80.

98 Reiss (n 82); S. Halabi (n 96) 152; Fairgrieve (n 11) 88.

99 ibid 88.

100 Halabi (n 96) 152.

Nitekim İtalya Anayasa Mahkemesi de 22.11.2017 tarihli 268/2017 sayılı kararında, zorunlu ve tavsiye edilen aşının ikisinin de toplum sağlığını koruma amacına hizmet ettiğini ifade etmiştir. Bu kararda mahkeme, tavsiye edilen aşığı olmayı tercih eden kişinin de sosyal dayanışmaya uygun davrandığını ve bu nedenle bu aşı nedeni ile ortaya çıkan zararın da sosyal danışma anlayışı ile karşılanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰¹. Sonuç olarak İtalya'da tavsiye edilen ve zorunlu tutulan aşilar nedeni ile ortaya çıkan zarar idare tarafından karşılanmaktadır.

Almanya'da kızamık aşısı dışındaki aşilar zorunlu olmamasına rağmen devlet tarafından tavsiye edilen aşilar nedeni ile ortaya çıkan zararın Sosyal Kanun'un On Dördüncü Kitabı, Sosyal Tazminat § 24 çerçevesinde tazmin edilmesi söz konusudur¹⁰². Aşıdan kaynaklanması ve aşıdan altı ay sonra halen mevcut olması kaydıyla Almanya'da uygulanmasına izin verilen COVID-19 aşiları nedeni ile ortaya çıkan zarar devlet tarafından idari başvuru çerçevesinde karşılanmaktadır¹⁰³. Zararın aşı nedeniyle ortaya çıkıp çıkmadığı bilirkişi incelemesine konu edilmektedir.

ABD'de Kamu Hazırlığı ve Acil Durum Hazırlık Yasası (Public Readiness and Emergency Preparedness Act- Prep Act) kapsamında COVID-19 aşı üreticileri sorumluluktan büyük ölçüde muaftır¹⁰⁴. ABD'de lisanslanan COVID-19 aşiları nedeni ile uğranan zararlar için Karşı Tedbirler Zarar Tazmin Programı (Countermeasures Injury Compensation Program -CICP) çerçevesinde başvuru yapmak gerekmektedir¹⁰⁵. Fakat bu sistemde zarara aşının neden olduğunun ispatı konusunda "ikna edici, güvenilir, geçerli, tıbbi ve bilimsel kanıtlar" aranmaktadır¹⁰⁶. Bir yılla sınırlı bir başvuru süresi ve tazmini mümkün zararlar da önemli bir kısıtlama söz konusudur¹⁰⁷.

Benzer şekilde Avustralya, Kanada, Fransa, Hong Kong, Singapur, Güney Kore aşı zararlarından kusursuz sorumluluğu öngören tazminat programları çerçevesinde COVID-19 aşısı nedeni ile zarar görenlerin zararını karşılamayı üstlenmiştir¹⁰⁸. DSÖ, 92 ülkede COVID-19 aşısı nedeni ile ortaya çıkan zararın kusursuz sorumluluk esası ile tazmin edilebilmesini ve bu şekilde zarar görenler arasında eşitliği sağlayan özel bir program başlatmıştır (COVAX No-Fault Compensation Program)¹⁰⁹. Aşı zararının kamu kaynaklarından karşılandığı sistemlerde kimlerin bu tazminattan hangi zararlarının tazmini için yararlanabileceklerine ilişkin çeşitli şartlar bulunmaktadır¹¹⁰.

101 Italian Constitutional Court (Corte Costituzionale), No 268/2017, 22.11.2017, <<https://www.lawpluralism.unimib.it/en/oggetti/780-italian-constitutional-court-corte-costituzionale-n-268-2017-22-november-2017>> accessed 25 December 2023.

102 'Sozialgesetzbuch Vierzehntes Buch', https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_14/_24.html accessed 25 May 2024.

103 'Sicherheit von Impfungen' <https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Nebenwirkungen/nebenwirkungen_node.html> accessed 25 December 2023; 'Impfschaden - Entschädigung für Opfer von Impfschäden beantragen' <<https://service.berlin.de/dienstleistung/330703/>> accessed 25 December 2023.

104 Halabi (n 96) 152.

105 'Countermeasures Injury Compensation Program (CICP)' <<https://www.hrsa.gov/cicp>> accessed 25 December 2023.

106 Reiss (n 82).

107 ibid.

108 Stefano D'Errico, Martina Zanon, Monica Concato, Michela Peruch, Matteo Scopetti, Paola Frati and Vittorio Fineschi, '“First Do No Harm” No-Fault Compensation Program for COVID-19 Vaccines as Feasibility and Wisdom of a Policy Instrument to Mitigate Vaccine Hesitancy' (2021) 9(10) Vaccines 1116.

109 World Health Organization, <<https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax>> accessed 05 February 2024.

110 Halabi (n 96) 152. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fairgrieve (n 11) 93.

Diğer yandan 192 ülkede bu tür bir kamusal kusursuz tazminat programı yoktur, bu durum 5,03 milyar kişinin kapsam dışında olduğu anlamına gelmektedir¹¹¹. Yukarıda açıklandığı üzere eğer bir devlet kendi ihtiyarı ile tavsiye edilen aşı nedeni ile kusursuz sorumluluk üstlenmiyorsa devletleri aksi yönde karar almaya teşvik edecek bir mekanizma yer almamaktadır.

C. TAVSİYE EDİLEN AŞIDA İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tavsiye edilen aşıda idarenin sorumluluğunun birden fazla gerekçeye dayandırılması mümkündür. Tavsiye edilen aşığı olmayı tercih eden kişi, topluma da önemli bir koruma sağlamak ve sürü bağışıklığına erişilmesinde katkı sağlamaktadır. Aşılana kişinin bu şekilde topluma fayda sağlaması sosyal dayanışma anlayışı çerçevesinde zararın kamu kaynaklarından karşılanmasını da haklı kılmaktadır¹¹². Kanaatimizce zorunlu ve tavsiye edilen aşı uygulamasından sadece aşılana kişinin değil, tüm toplumun fayda sağlaması nedeniyle sorumluluğun da topluma yayılması makuldür. Örneğin COVID-19 aşısında birçok kişi kendini bu hastalığın risk grubunda görmemesine rağmen risk grubunda yer alan kişileri sürü bağışıklığı yoluyla korumak ve hastalığın kontrol edilmesini sağlamak için aşı olmuştur. Bu amaçla toplum sağlığının da korunmasına hizmet eden bu tercihin engellenemeyen yan etki zararı belirli bir şahıs üzerinde ortaya çıktığında, toplumda aynı dayanışma mantığı ile zararı karşılamalıdır. Her türlü tıbbi standartlara uyması halinde dahi ortaya çıkan bir komplikasyon olduğunda tavsiye edilen aşı için idarenin sorumluluğunun devam edebileceği belirtilmelidir. Buradaki komplikasyonun sebebi ve aşı ile zarar arasındaki illiyet bağı, her somut uyuşmazlık özelinde değerlendirilmelidir. Aydınlatılmış ve bilgilendirilmiş rızası çerçevesinde tavsiye edilen aşıda kişinin kendi kaderini tayin etmesi, bireysel özgürlüğe idarenin doğrudan müdahalesini doğurmasa da, risk içeren tedavilerde önerilen aşuya dair denetim ve gözetim sorumluluğunu idareden tamamen dışlamak her durum için adil bir sonucu sağlamayabilecektir.

Zorunlu olmayan ancak idarenin teşviki ile uygulanmasında kişilerin yönlendirildiği rızaya dayalı aşılarla (gönüllü aşılama) da bu aşıların istenmeyen etkisi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan dolayı, risk ilkesi çerçevesinde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebileceği düşüncesindeyiz. Çalışmamızda yer verdiğimiz üzere Danıştay ise bu konuyla ilgili olarak hizmet kusurundan kaynaklı bir değerlendirme yapmaktadır. Bu konudaki yaklaşım sorunu somut bir uyuşmazlık üzerinden şu şekilde ele alınabilir: Danıştay'a yansıyan bir uyuşmazlıkta¹¹³, sağlık ocağında uygulanan çocuk felci aşısı nedeniyle sakat kalan çocuk için, davalı idarenin yürüttüğü sağlık hizmetinden kaynaklandığı, bu olay nedeniyle özürlü bir çocuk yetiştirmenin zorluklarını yaşadıkları ve manevi olarak yıprandıkları ileri sürülerek anne ve baba tarafından kendi adlarına manevi tazminat talepli tam yargı davası açılmıştır. İdare Mahkemesi'nin Adli Tıp Kurumundan aldığı bilirkişi raporunda, OPV (oral polio aşısı) sonrası gelişen bulguların 'aşıya bağlı paralitik poliomyelit' ile uyumlu olduğu, aşı uygulamasının tıp kurallarına uygun olduğu, aşı sonrası ortaya çıkan sorun komplikasyon olarak

111 Halabi (n 96) 156.

112 Benzer yönde Fairgrieve (n 11) 96.

113 Danıştay 10 D, E 2019/12744 K 2021/1332, 23.03.2021 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 19 Aralık 2023.

değerlendirildiğinden maluliyet oranı tayinine mahal bulunmadığı, idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilmediği yönünde görüş bildirilmiştir. Bebeklik döneminde küçüğe uygulanan oral polio aşısının, davalı idarenin teşviki ve yönlendirmesiyle belli bir sıra takip edilip, aşı takvimine bağlı olarak yapılması nedeniyle davacılar da bu aşının uygulanmasının zorunluluk arz ettiği izlenimi oluşturularak, çok düşük bir oranda da olsa felçlere neden olabileceği konusunda bilgilendirme yapılmaması nedeniyle davacıların tazminat talebini kısmen kabul etmiştir.

Temyiz üzerine Danıştay ilgili dairesi temyiz talebini, aynı somut uyuşmazlığa bağlı açılan ve çocuk için talep edilen maddi ve manevi tazminata ilişkin kesinleşen yargı kararına atıfla değerlendirmiştir. Çocuk adına açılan diğer davada verilen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararı çerçevesinde Adli Tıp Kurumundan alınan rapora da atıf yaparak, idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı sonucuna varıldığı, davalı idarenin hizmet kusuru çerçevesinde tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı, idarece önceden öngörülmesi ya da önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar gelişmesi riskini içinde barındıran sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda, kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmak suretiyle idareye tazmin yükümlülüğü yüklenmesi mümkün bulunmadığından, davacıların uğradığı zararın davalı idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre karşılanmasına da hukuken olanak bulunmadığına karar vermiştir.¹¹⁴

Söz konusu kararda ulaşılan sonuca ise katılmak mümkün değildir. Olayda idarenin bir kusuru bulunmasa dahi aşının barındırdığı bir risk ortaya çıkmış ve bu risk aşı vurulan kişide olağanüstü ve öngörülemeyecek şekilde ağır bir zarar ortaya çıkarmıştır. Aşının uygulanmasıyla ortaya çıkan zararın, başka bir şekilde karşılanma imkânı davacılar için mümkün de değildir. Öğretide ifade edildiği üzere, idarenin sunduğu sağlık alanındaki faaliyetleri günümüzde gerek nitelik gerek nicelik olarak artmış olup, tıbbi müdahaleler alanında da idarenin sorumluluk alanının genişlemesi kaçınılmazdır.¹¹⁵ Öte yandan tavsiye niteliğinde olmakla birlikte toplumsal bağışıklamayı sağlayan aşı uygulamalarında da kişilerin uğradıkları zararlar baş başa bırakılmaması, sağlık hakkının korunması ve sosyal dayanışma için önem taşımaktadır. Bu açıdan, zorunlu olsun olmasın aşı uygulamaları kendi içerisinde belirli riskleri barındırdığından ve toplumsal bir faydayı da içerdiğinden, idarenin aşılama ile ilgili faaliyetleri açısından doğan sorumlulukta kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesinin daha adil çözümler sunacağı kanısındayız. Ayrıca riskler konusunda ailelerin bilgilendirilmemiş olması da değerlendirilmelidir. Zira aydınlatılmış rıza eksikliği müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir.

114 “... Hacettepe Üniversitesi Hastanesi ve bağımsız çalışan ‘Polio Uzmanlar Kurulu’ tarafından, davacının rahatsızlığının uygulanan oral polio aşısına bağlı olarak geliştiğinin tespit edilmiş olması ve Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunca verilen raporda da, OPV (oral polio aşısı) sonrası gelişen bulguların ‘aşıya bağlı paralizan poliomyelit’ ile uyumlu bulunduğu, hastalığın aşıya bağlı bir komplikasyon olarak ortaya çıktığı, aşı uygulamasının tıp kurallarına uygun olduğu, idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilmediği şeklinde görüş bildirilmesi karşısında, idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı sonucuna varıldığı, davalı idarenin hizmet kusuru çerçevesinde tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı, idarece önceden öngörülmesi ya da önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar gelişmesi riskini içinde barındıran sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda, kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmak suretiyle de idareye tazmin yükümlülüğü yüklenmesi mümkün bulunmadığından, davacının uğradığı zararın davalı idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre karşılanmasına da hukuken olanak bulunmadığı ...”

115 Müzeyyen Eroğlu Durkal, ‘İdarenin Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu’ iç Emre Gökyayla (edr) 8. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı (Asos Yayınevi 2022) 139.

COVID-19 salgınında üretilen aşılardan uygulanması da diğer aşılarda da olduğu gibi öngörülen ama engellenemeyen bir riski kendi içinde barındırmaktadır. Burada zorunlu bir aşı uygulaması bulunmadığı kabul edilse dahi salgın dönemi gibi olağanüstü dönemlerde idarece yapılması tavsiye edilen rızaya dayalı aşılardan, kullanım onaylarıyla ilgili idarenin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla, COVID-19 salgınında öneri niteliğindeki aşı uygulamasında da risk ilkesi kapsamında ve toplumsal bağışıklık açısından kamu yararı söz konusu olduğundan zararın kamu kaynaklarından karşılanması çerçevesinde kusursuz sorumlu olacağı ifade edilebilir.¹¹⁶ Bu durumda aşı sonrası istenmeyen etki sebebiyle ortaya çıktığı iddia edilen zarar ile aşılama arasında bir illiyet bağının bulunması yeterli olacaktır. COVID-19 aşılardan uygulanması nedeniyle istenmeyen etkilerden kaynaklı zararların idare tarafından tazmini için idarenin bir kusurunun aranması gerekmeyecektir. Salgın döneminde acil ve hızlı şekilde üretilen aşılardan istenmeyen etkilerinin ne zaman ortaya çıkacağı dahi belirsizdir. Zira yeni bir aşının geliştirildikten sonra test edilmesi ve lisanslaması uzun yıllara yayılan bir sürece tabidir.¹¹⁷ Bilimsel açıdan mRNA aşılardan uygulanması tartışmaları ve bu aşılardan olanlara imzalatılan onam formları açısından, idarenin kendi içinde riskleri barındıran bir uygulamayı göz önünde bulundurduğundan altı çizilmelidir. Nitekim, “mRNA (BNT162b2) COVID-19 Aşı Uygulaması Bilgilendirme ve Onam Formu” başlıklı formlarda, bu aşının uzun süreli etkilerinin ve verimliliğinin şu an bilinmediği yine aşının henüz bilinmeyen olumsuz etkilerinin de olabileceği belirtilmiştir. Üstelik “*üretime ait hataların haricinde oluşabilecek maddi ve manevi zararlar konusunda üretici firma sorumlu olmayacağını beyan etmektedir.*” şeklinde hukuki açıdan sorunlar teşkil eden ifadeler bulunmaktadır. Bu çerçevede, COVID-19 aşılardan öncesinde imzalanması idarece talep edilen matbu bilgilendirme ve onam formlarının, aydınlatılmış bir onam olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de ayrı bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁸ Aydınlatılmış onamda bütün risklerin tek tek sayılması mümkün değilse de muhtemel risklerin ve gerçekleşebilecek komplikasyonların açıklanması gerekmektedir. Salgın döneminin kendine özgü süreci de dikkate alındığında idarenin kendisinin önceden bilemediği risklerin ve komplikasyonların sonradan ortaya çıkmasında idarenin kusurunun aranması da anlamlı olmayacaktır. Dolayısıyla, COVID-19 salgınında aşılamanın hayati önemine dikkat çekildiği uygulamalara maruz bırakılan ve aşı teşviki ile toplumsal bağışıklama adına belirsiz risklere katlanma durumunda kalan kişilerin, uğradığı zararlarının giderilmesi ihtiyacı sosyal dayanışma esası açısından da dikkate alınmalıdır.¹¹⁹

116 Üzeltürk (n 84) 516.

117 COVID-19 için aşı çalışmaları hakkında bkz. Türk Tabipleri Birliği, ‘COVID-19 Aşı Çalışmaları’ <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/covid19-rapor_6/covid19-rapor_6_Part24.pdf> Erişim Tarihi 05 Aralık 2023 228 vd.

118 Örnek bir mRNA (BNT162b2) COVID-19 Aşı Uygulaması Bilgilendirme ve Onam Formu ve konuya dair Türk Tabipleri Birliğinin yazısı için bkz. Türk Tabipleri Birliği, ‘Covid-19 aşılardan bilgilendirilmiş tıbbi onam formları hk.’ (29 Haziran 2021) <<https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/onam.pdf>> Erişim Tarihi 05 Aralık 2023.

119 Yayıncı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Vavrička ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti kararını incelediği çalışmasında, toplum genelinde yüksek düzeyde aşılama güvence altına alma gereksiniminin dile getirildiği COVID-19 pandemisi için de fark yaratan bir kavram olarak önemini koruduğunu belirtmiştir, Nurten Yaylacı, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ‘Vavrička ve Diğerleri Kararı’ Işığında Zorunlu COVID-19 Aşılamanın Değerlendirilmesi’ iç İbrahim Subaşı, Fulya İlçin Gönenç ve Nur Zeliha Kaman, (edr) *IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Tam Bildiriler Kitabı* (Adalet Yayınevi 2022) 481.

VII. İDARENİN SORUMLULUĞUNDA İLLİYET BAĞINA İLİŞKİN İSPAT YÜKÜNÜN HAFİFLETİLMESİ

Zorunlu veya tavsiye edilen aşılarından kaynaklanan idarenin sorumluluğunda kusurlu veya kusursuz sorumluluk teorisinden hangisi savunulursa savunulsun, illiyet (nedensellik) bağı aranmak durumundadır. Aşıdan doğan zararın karşılanmasında da temel mesele illiyet bağının ortaya konulmasıdır¹²⁰. Zararın haksız fiil esasına göre tazmini istendiğinde bu bağlantıyı ispat yükü zarar görendedir. Aşı nedeni ile ortaya çıkan zararların devlet tarafından karşılandığı birçok sistemde nedensellik bağının ispatında kolaylık sağlanmaktadır¹²¹. Bu sistemlerde zarar görenin, zararın aşıdan kaynaklandığını yüksek bir ihtimal olarak ortaya koyması, bir diğer ifade ile aşının en olası zarar sebebi olduğunu ortaya koyması yeterli görülmektedir¹²².

Birçok varsayımda zararın aşı nedeni ile ortaya çıktığını ortaya koymak ise gerçekten zordur. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne gelen bir vakada aynı düşünce ile ispat yükünü hafifletmiştir¹²³. Bu olayda üç kez Hepatit B aşısı olan kişi, aşılanmanın ardından MS hastalığına yakanmış ve sağlık durumunun kötüleşmesi nedeni ile % 90 engelli hale gelmiştir. Zarar gören kişi aşılanma öncesinde bu hastalığın herhangi bir belirtisini göstermemiştir. Ayrıca ailesinde bu hastalıktan mustarip herhangi bir yakını yoktur. İlk belirtiler ise aşılanmanın kısa süre ardından ortaya çıkmıştır. Bu nedenle mahkeme, aşı ile zarar arasındaki illiyet bağının kesin olarak ispatlanamadığı ama aynı zamanda kesin olarak yadsınmadığı hallerde aşının hatası en olası neden olarak ortaya çıkıyorsa aşının hatası ile zarar arasında illiyet bağının kurulduğunun kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Bu kararda hem aşının hatalı olduğuna hem de illiyet bağının varlığına dair ispat yükü önemli şekilde hafifletilmiştir. İlliyet bağının ispatındaki güçlük nedeniyle aşı zararlarının tazmini için kusursuz sorumluluk esası kadar illiyet bağının ispatında davacıya kolaylık sağlanması da çok önemlidir. Zira yukarıda açıklandığı üzere davacının illiyet bağına ortaya koyması çoğu zaman çok zordur.

SONUÇ

Aşı uygulamaları, dünyada bulaşıcı hastalıkların önlenmesini sağlayarak sayısız insanın ölümünün ve sakatlıkların önüne geçmiştir. Örneğin çiçek hastalığı, 1979 yılında eradike edilmiş yani yeryüzünden tamamen yok edilmiştir. Bağışıklama sağlayarak bireysel ve toplumsal yararları bulunan aşı uygulamalardan bazıları zorunluluk esasına dayandırılmıştır. Sağlık politikalarına göre devletler, değişik ve farklı içeriklerde aşı uygulamaları kabul etmekte, bunlardan hangi aşının zorunlu olduğunu hukuken düzenlemektedirler. Kişinin vücut bütünlüğü konusundaki karar hakkını baskılayan aşı uygulamalarının, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırdığı ve sağlık kamu

120 Goldberg (n 2) 248; Holland (n 6) 420.

121 Halabi (n 96) 153.

122 Fairgrieve (n 11) 98.

123 Avrupa Birliği Adalet Divanı (Court of Justice of the European Union), C-621/15, 21.06.2017, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=192054&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir&occ=first&part=1&cid=848112>> accessed 27 September 2023.

düzeni amacına yönelik bir kolluk tedbiri olduğu düşünüldüğünde, kanuni bir temelinin bulunması önem taşımaktadır. Türkiye’de 1930 yılında çıkarılan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu dışında, aşılarla dair düzenlemeler içeren bir aşı kanunu mevcut değildir. Farklı kanunlara ve idarenin düzenleyici işlemlerine dayanan aşı uygulamalarındaki kanun boşluğu, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ortaya konulmuştur. Türkiye’de aşı uygulamalarına ilişkin genel bir kanuna ihtiyaç duyulduğu belirtilmelidir.

Aşı uygulamalarındaki hukuki manzara böyleyken, idarenin sorumluluğunun değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Zira aşı uygulamaları ister zorunlu ister tavsiye niteliğinde olsun, bünyesinde kaçınılmaz riskler barındıran ve kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleyi içermektedir. Bu durumda gerek kanunen öngörülen zorunlu aşılarından gerekse zorunlu olmayan rızaya dayalı aşılarından (gönüllü aşılama) kaynaklanan zararların giderilmesinde idarenin, risk ilkesine dayalı olarak kusursuz sorumluluğunun bulunduğu ifade edilebilir. Buradaki risk ilkesi, dar anlamıyla, aşılama uygulamalarının toplumsal bağışıklığı sağlama faydası çerçevesinde değerlendirilebilecek bir kusursuz sorumluluk hali olarak düşünülmelidir.

Aşı, bulaşıcı hastalıklara karşı uygulandığında hem kişiyi hem de toplumu korumaktadır. Bir aşının ülkenin sağlık otoriteleri tarafından zorunlu tutulması veya tavsiye edilmesi neticesinde aşılanan kişi, toplum sağlığına da katkı sunmaktadır. Bu doğrultuda aşının yan etkisi nedeni ile ortaya çıkan zararın karşılanması, sosyal dayanışma yönüyle de ele alınmalıdır. Ayrıca aşının barındırdığı risklerden kaynaklı öngörülemez yan etkileri yanında, yargılama sürecinde kişilerin ispat yükü açısından karşılaştığı dezavantajlı durumlar göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim birçok ülkede bu yaklaşım ile tavsiye edilen aşılar ve özellikle COVID-19 aşılarının yan etkileri nedeni ile ortaya çıkan zararlar kamu erki tarafından kusursuz sorumluluk esası ile karşılanmaktadır. Zira yan etkilerden kaynaklanan zararının sadece zarar gören kişi üzerinde bırakılması hem aşıya hem de aşıyı tavsiye eden kişilere olan güveni azaltacaktır.

Salgın dönemleri için de Türkiye’de bulaşıcı ve salgın hastalıklar konusunda kanun düzeyinde bir boşluk olduğu ortadadır. Bu boşluk, 2019 yılının son çeyreğinde ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkileyen COVID-19 salgını ile kendini hatırlatmıştır. COVID-19 salgınında aşı zorunluluğu Türkiye’de kabul edilmemiştir. Bu salgında idare tarafından, acil ve hızlı bir biçimde üretilen ve acil kullanım onayı alan aşıların yapılması tavsiye edilmiştir. Bununla birlikte aşılama teşvik edici bir dizi idari tedbir ve yükümlülük de yine idare tarafından getirilmiştir. Bu yönüyle, olağanüstü bir dönem olan COVID-19 salgınında, belli kişiler için “zorunluluğu kendi içinde saklı” bir aşı uygulaması ortaya konulmuştur. Dolayısıyla COVID-19 salgınında uygulanan aşıların istenmeyen etkilerinden doğan zararların tazmininde de idarenin sorumluluğunun kabulü gerekir. Sorumluluğun türü ise olağan dönemde olduğu gibi toplumsal faydaya da ilgilendiren kapsamıyla, risk ilkesine dayanan bir kusursuz sorumluluk hali olarak ele alınabilecektir.

Etkileri halen devam eden COVID-19 salgınının, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarının önemini bir kez daha ortaya çıkardığını belirtmek gerekir. Kanunilik ilkesinin gözetilmemesi, COVID-19 salgınında idarece alınan ve idari kolluk kapsamında değerlendirilmesi gereken tüm yükümlülüklerde ve yasaklarda tespit edilebilecek temel bir sorun olarak karşımıza çıkmıştır. Olağanüstü bir dönemde

sağlık kamu düzenini sağlamak için uygulan aşılar da asıl sorun, bu uygulamaların idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmasından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, aşı uygulamalarında idarenin sorumluluğuna dair esasların, Anayasal ilkeler gözetilerek ve parlamentonun müzakere işlevi kullanılarak düzenlenmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut O, 'COVID-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?' (15 Haziran 2020) <<https://www.istanpol.org/post-covid-19-a-karsi-turkiye-de-zorunlu-a-m-mk-n-m.>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2024.
- Akgül A, 'İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı' 2016 20(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269-302.
- Akkoyunlu S A, 'Genel Sağlığın Korunmasına İlişkin İdari Bir Faaliyet Olarak Aşı Uygulamasının Kanuniliği' (2017) 21(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43-73.
- Alekseenko A, 'Implications for COVID-19 Vaccination Following the European Court of Human Right's Decision in Vavříčka and Others v Czech Republic' (2022) 22(1) Medical Law International 75-89.
- Attwell K, Drislane S and Leask J, 'Mandatory Vaccination and No-Fault Vaccine Injury Compensation Schemes: An Identification of Country-Level Policies' (2019) 37(21) Vaccine 2843-2848.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı (Court of Justice of the European Union), C-621/15, 21.06.2017<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=192054&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir&occ=first&part=1&cid=848112>> accessed 27 September 2023.
- Bereket Baş Z, 'Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu' iç *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009* (Gazi Üniversitesi 2009) 627-659.
- Bilkent Üniversitesi, <<https://w3.bilkent.edu.tr/www/2021-22-guz-yariyili-covid-19-asisi-veya-pcr-testi-gerekligi>> Erişim Tarihi 29 Eylül 2023.
- CEPI, <<https://cepi.net/our-approach>> accessed 06 March 2024.
- CEPI, 'Delivering Pandemic Vaccines in 100 Day Report' <https://cepi.net/wp-content/uploads/2022/11/CEPI-100-Days-Report-Digital-Version_29-11-22.pdf?swfpc=1> accessed 27 September 2023.
- Conseil d'État, Assemblée, No. 69336, 09.04.1993 <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CE_LIEUVIDE_1993-04-09_69336&FromId=DZ_OASIS_000832#> accessed 03 January 2024.
- 'Countermeasures Injury Compensation Program (CICP)'<<https://www.hrsa.gov/cicp>> accessed 25 December 2023.
- 'Countries Making COVID-19 Vaccines Mandatory' <<https://www.reuters.com/business/healthcare-pharmaceuticals/countries-making-covid-19-vaccines-mandatory-2021-08-16/>> accessed 27 September 2023.
- D'Errico S, Zanon M, Concato M, Peruch M, Scopetti M, Frati P and Fineschi Vi, ' "First Do No Harm" No-Fault Compensation Program for COVID-19 Vaccines as Feasibility and Wisdom of a Policy Instrument to Mitigate Vaccine Hesitancy' (2021) 9(10) Vaccines 1116.
- Dönmez Ü ve Gözdenur G, 'Covid-19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu Aşı Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler' iç Kemal Şenocak (edr), *COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları* (Yetkin 2021) 953-978.
- Durkal Eroğlu M, 'İdarenin Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu' iç Emre Gökyayla (edr) 8. *Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı* (Asos Yayınevi 2022) 130-145.
- Düren A, *İdare Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1979).

- Erçoban Evren A, 'Türkiye Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasaları ile İnsan Hakları Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Zorunlu Aşı Uygulaması' (2022) 10 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-105.
- 'EUROPE Covid-19 Vaccine No Fault Compensation Schemes' <<https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/2023-03/Europe%20NFCS%20Report.pdf>> accessed 04 February 2024.
- European Medicines Agency, 'Comirnaty: EPAR-Product information' <https://www.ema.europa.eu/en/documents/productinformation/comirnaty-epar-product-information_en.pdf> accessed 06 March 2024.
- Fairgrieve D, Borghetti J-S, Dahan S, Goldberg R, Halabi S, Holm S, Howells G, Kirchelle C, Pillay A, Rajneri E, Rizzi M, Sintes M, Vanderslott S and Witzleb N, 'Comparing No-Fault Compensation Systems for Vaccine Injury' (2023) 31(1) Tulane Journal of International and Comparative Law 75-118.
- Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi <<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR-42937/genisletilmis-bagisiklama-programi-genelgesi.html>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2024.
- Goldberg R, 'Vaccine Liability in the Light of Covid-19: A Defence of Risk-Benefit' (2022) 30 (2) Medical Law Review 243-267.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt II* (Ekin 2019).
- Gözler K, 'Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)' (06 Temmuz 2020) <www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024.
- Gözler K, 'Pandemiyle Mücadele Sürecinin Hukuki Şeması: Bir Özet' (18 Mayıs 2021) <www.anayasa.gen.tr/pandemi-ozet.htm> Erişim Tarihi 22 Kasım 2023.
- Güran S, 'Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu' (1982) 12(46-47) Danıştay Dergisi 16-22.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku* (Güncellenmiş 26. Baskı, Seçkin 2024).
- Halabi S, 'Solving the Pandemic Vaccine Product Liability Problem' (2021) 12(1) UC Irvine Law Review 110-162.
- Health Resources & Services Administration, <<https://www.hrsa.gov/vaccine-compensation/about>> accessed 27 September 2023.
- Holland M S, 'Liability for Vaccine Injury: The United States, the European Union, and the Developing World' (2018) 67(3) Emory Law Journal 415-462.
- Holt E, 'Serbia Begins Paying Citizens to Receive a COVID-19 Vaccine' (2021) 397(10287) The Lancet 1793. 'Impfschaden - Entschädigung für Opfer von Impfschäden beantragen' <<https://service.berlin.de/dienstleistung/330703/>> accessed 25 December 2023.
- Institute of Medicine, 'The Children's Vaccine Initiative: Achieving the Vision' (1993) National Academies Press <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK236419/>> accessed 27 September 2023.
- Italian Constitutional Court (Corte Costituzionale), No 268/2017, 22.11.2017, <<https://www.lawpluralism.unimib.it/en/oggetti/780-italian-constitutional-court-corte-costituzionale-n-268-2017-22-november-2017>> accessed 25 December 2023.
- 'Italy: Constitutional Court Declares Provision on Compensation for Vaccine Injuries Unconstitutional' <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2023-04-24/italy-constitutional-court-declares-provision-on-compensation-for-vaccine-injuries-unconstitutional/>> accessed 27 September 2023.
- Kaplan G, 'İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler' (2004) 19(1) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi 173-199.
- Karakuş Işık Z, *Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu* (Seçkin 2018).
- King J, Ferraz O and Jones A, 'Mandatory COVID-19 Vaccination and Human Rights' (2021) 399 The Lancet 220-222.
- Krasser A, 'Compulsory Vaccination in a Fundamental Rights Perspective: Lessons from the EctHR' (2021) 15(2) Vienna Journal on International Constitutional Law 207-233.

- Lex-Atlas: Covid-19, 'Legal, Constitutional, and Ethical Principles for Mandatory Vaccination Requirements for Covid-19' (2021) <<https://lexatlas-c19.org/vaccination-principles/>> accessed 27 September 2023.
- Loi No. 64-643 (01 Juillet 1964) 'Relative a la Vaccination Antipoliomyelitique Obligatoire et a la Repression des Infractions a Certaines Dispositions du Code de la Sante Publique' <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000684954>> accessed 25 December 2023.
- Metin S, 'Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu' (2021) 4 (Ek 1) İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 37-50.
- Moghadas S, Vilches T, Zhang K, Wells C, Shoukat A, Singer B, Meyers L, Neuzil K, Langley J, Fitzpatrick M and Galvani A, 'The Impact of Vaccination on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreaks in the United States' (2021) 73 (12) Clinical Infectious Diseases 2257-2264.
- National Health Service, <<https://www.nhs.uk/conditions/covid-19/covid-19-vaccination/covid-19-vaccines-side-effects-and-safety/>>, accessed 09 February 2024.
- 'National Vaccine Injury Compensation Program' <<https://www.hrsa.gov/vaccine-compensation/about>> accessed 27 September 2023.
- Özgenç İ, 'COVID-19 Salgının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri' iç İzzet Özgenç, Halil Akkanat, Hayrettin Çağlar, Haluk Hadi Sümer ve Muhammet Özekes (edr), *TÜBA COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu (COVID-19 Salgını Dolayısıyla Ulusal veya Uluslararası Alanda Ortaya Çıkan/Çıkmak İhtimali Hukuki Sorunların Tespiti ile Bunların Çözümüne Yönelik Öneriler Raporu)* (Türkiye Bilimler Akademisi Yayını TÜBA Raporları No: 26 2020) 17-44.
- Pace N and Dixon L, 'COVID-19 Vaccinations: Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign' (2020) September RAND Corporation PE-A761-192, 1-16.
- Paksoy M S, 'Administrative Liability for COVID-19 Vaccine Injury', *36th Meeting of Kopaonik Natural School of Law Konferans Kitabı Cilt1 (Kopaonička Škola Prirodnog Prava Slobadan Perović 2023)* 283-296.
- Palmieri S and Goffin T, 'De Jure and De Facto: An Overview on the Italian Measures on Compulsory Vaccination' *European Journal of Health Law* (2022) 29(1) 151-164.
- Palteki M. E, *Genel Sağlık Korunması Amacıyla Yürütülen İdari Kolluk Faaliyetleri ve Temel Hak ve Hürriyetler* (On İki Levha 2020).
- Paul Ehrlich Institut, <<https://www.pei.de/EN/medicinal-products/vaccineshuman/covid-19/covid-19-node.html>> accessed 06 March 2024.
- Paul Erlich Institut, 'Bericht über Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19', <<https://www.pei.de/DE/newsroom/dossier/coronavirus/sicherheitsbericht-covid-19-impfstoffe-aktuell.html>> accessed 22 May 2024.
- Rajan A, 'Novak Djokovic Willing to Miss Tournaments Over Vaccine' *BBC* (15 February 2022) <<https://www.bbc.com/news/world-60354068>> accessed 27 September 2023.
- 'Refusal of Requests for Interim Measures in Respect of the Greek Law on Compulsory Vaccination of Health-Sector Staff Against Covid-19' <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7113391-9633858&filename=Request%20for%20interim%20measures%20against%20Greece%20concerning%20compulsory%20vaccination%20for%20health%20staff.pdf>> accessed 27 September 2023.
- Reiss D, 'Liability for COVID-19 Vaccine Harms: We Need to Do Better' (21 October 2022) <<https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2022/10/21/liability-for-covid-19-vaccine-harms-we-need-to-do-better>> accessed 27 September 2023.
- 'Selected Adverse Events Reported after COVID-19 Vaccination' <<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/safety/adverse-events.html>> accessed 27 September 2023.

- Sert G ve Dürüstkan S 'Salgın ve Bulaşıcı Hastalıklarla Mücadelede Hukuk ve Etik' iç Özge Yücel ve Gürkan Sert (edr), *Sağlık ve Tıp Hukuku Sorumluluk ve İnsan Hakları* (3. Bası, Seçkin 2023) 247-286.
- Sever D Ç, 'Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu' iç Özge Yücel ve Gürkan Sert (edr), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (3. Bası, Seçkin 2023) 369-382.
- 'Sicherheit von Impfungen' <https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Nebenwirkungen/nebenwirkungen_node.html> accessed 25 December 2023.
- Slovenya Anayasa Mahkemesi, No U-I-127/01 (12 February 2004) <<http://odlocitve.us-rs.si/documents/12/2c/u-i-127-012.pdf>> accessed 27 September 2023.
- 'Sozialgesetzbuch Vierzehntes Buch', https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_14/_24.html accessed 25 May 2024.
- 'State School Immunization Requirements and Vaccine Exemption Laws' <<https://www.cdc.gov/phlp/docs/school-vaccinations.pdf>> accessed 27 September 2023.
- 'Sokağa çıkma yasağının ihlali sebebiyle kesilen idari para cezasının iptaline dair emsal karar' (06 Ocak 2021) <<https://www.hukukihaber.net/kararlar/sokaga-cikma-yasaginin-ihlali-sebebiyle-kesilen-idari-para-cezasinin-h439993.html>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2023.
- Şirin T, 'Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş' (2020) 9(17) *Anayasa Hukuku Dergisi* 43-146.
- T.C. İçişleri Bakanlığı, <<https://www.icisleri.gov.tr/bazi-faaliyetler-icin-pcr-testi-zorunlulugu-genelgesi-gonderildi>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023.
- T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, <<https://www.csgb.gov.tr/duyurular/is-yerlerinde-covid-19-tedbirleri>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023.
- 'The Countries Where Covid-19 Vaccination is Mandatory' <<https://www.statista.com/chart/25326/obligatory-vaccination-against-covid-19/>> accessed 27 September 2023.
- The European Medicines Agency (EMA), <<https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory-overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/covid-19-medicines/safety-covid-19-vaccines>> accessed 16 May 2024.
- Tumelty M-E, Donnelly M, Farrell A-M and Néill C Ó, 'COVID-19 Vaccination and Legal Preparedness: Lessons from Ireland' (2022) 29(2) *European Journal of Health Law* 240-259.
- Turhan M K, 'İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması' (2019) 9(1) *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-40.
- Türk Tabipleri Birliği, 'COVID-19 Aşı Çalışmaları' <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/covid19-rapor_6/covid19-rapor_6_Part24.pdf> Erişim Tarihi 05 Aralık 2023.
- Türk Tabipleri Birliği, 'Covid-19 aşları bilgilendirilmiş tbbi onam formları hk' (29 Haziran 2021) <<https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/onam.pdf>> Erişim Tarihi 05 Aralık 2023.
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Başvuru no 2021/1177, (11.08.2022), <<https://www.tihe.gov.tr/public/images/kararlar/tuglik.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2024.
- UK Health Security Agency, <<https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-vaccination-what-to-expect-after-vaccination/what-to-expect-after-your-covid-19-vaccination>> accessed 16 May 2024.
- Üzeltürk Tahmazoğlu S, 'Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı- Vavřička Kararının Öğrettikleri' (2022) 19 (3) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 467-520.
- Watson O J, Barnsley G, T Jaspreet, Hogan A, Winskill P and Ghani A, 'Global Impact of The First Year of COVID-19 Vaccination: A Mathematical Modelling Study' (2022) 22 (9) *Lancet Infectious Diseases* 1293-1302.
- Winter J, Fletcher C and Margolis G, 'Vaccine-Related Liability: Past Approaches, Current Challenges, and Proposals for Encouraging Future Innovation and More Widespread Vaccine Use' (2021) 76 (2) *Food and Drug Law Journal* 270-317.

- World Health Organization, <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/354585/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2022.1-eng.pdf?sequence=1>> (30 May 2022) 1 accessed 27 September 2023.
- World Health Organization, <<https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax>> accessed 05 February 2024.
- Yaylacı N, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 'Vavřička ve Diğerleri Kararı' Işığında Zorunlu COVID-19 Aşılmasının Değerlendirilmesi' iç İbrahim Subaşı, Fulya İlçin Gönenç ve Nur Zeliha Kaman, (edr) *IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Tam Bildiriler Kitabı* (Adalet Yayınevi 2022) 449-487.

Doğanın Hak Öznesi Olarak Kabulü

Recognizing Nature as a Subject of Right

Gonca KURU* 

ÖZ

Doğanın hakları son yıllarda çeşitli anayasal, yasal ve yargısal düzenlemelerle tanınmıştır. Bu gelişme ile insan dışındaki varlıklar ve doğal sistemler için yasal koruma sağlanması amaçlanmaktadır.

Doğanın hak sahibi olması fikri, savunucular tarafından çevresel tehditlere karşı geliştirilen yeni bir yanıt olarak görülmektedir çünkü bazı ülkeler doğanın haklarının tanınması konusunda ilerleme kaydetmiş olsalar da doğa hala insan yararı için sömürülmesi gereken bir kaynak olarak kabul edilmektedir. Bu çalışmada genel hatlarıyla Doğanın Hakları kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda hakkın ortaya çıkışındaki önemli gelişmelere ve yapılan tartışmalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Doğanın Hakları, Christopher Stone, Hak sahipliği, Antroposentrik yaklaşım, Ekosentrik yaklaşım.

ABSTRACT

In recent years, the recognition of the rights of nature has been established through several constitutional, legislative and judicial acts. This development aims to provide legal protection for non-human entities and natural systems.

The idea of nature as a rights-holder is seen by advocates as a new and improved response to environmental threats, since although some countries have made progress in the recognition of the rights of nature, nature is still accepted as a resource to be exploited for human benefit. In this study, the concept of the Rights of Nature is tried to be explained in general terms. In this context, important developments in the emergence of the right and the discussions made are included.

Keywords: Rights of Nature, Christopher Stone, Right-holder, Anthropocentric approach, Ecocentric approach.

* Dr. Öğr. Üyesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı,
ORCID: 0000-0002-5188-7444.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Gonca KURU

E-posta/E-mail: goncakuru@maltepe.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 26.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 24.05.2024

GİRİŞ

Doğanın hakları var mıdır? Günümüzde giderek artan sayıda devlet bu soruya evet yanıtını veriyor. Fakat 1972’de Christopher Stone “*Should Trees Have Standing- Toward Legal Rights for Natural Objects?*”¹ başlıklı makalesini yayınladığında, doğanın da hakları olduğunu söylemek oldukça radikal bir duruş sergilemek anlamına geliyordu.

Stone’un iddiası aslında çok basitti: “Doğal nesne”lerin de yasal hakları olmalıdır; sadece ormanlara, okyanuslara, nehirlerle ve diğer “doğal nesne” olarak sayılanlara değil, aslında bir bütün olarak doğaya haklar verilmelidir. Bu varlıklar, insanların sahip olduğu mülkler olarak kabul edilmemelidirler².

Bu görüş, insanın doğayla ilişkisine yenilik getirmiştir. Çünkü insan-doğa ilişkisini, uzun yıllar boyunca insanı odağa alan ve doğanın insan yaşamı için araçsallığına vurgu yapan antroposentrik yani insan merkezli yaklaşım biçimlendirmiştir. Günümüzde ise insan dışındaki varlıkların da değerini temel alan ekosentrik yaklaşım giderek daha fazla taraftar bulmaktadır. Bu kapsamda çalışmada, dünya çapında çeşitli hukuk sistemlerine entegre edilen ve gelişen Doğanın Hakları kavramının ortaya çıkışına, yasal haklara sahip olma şartlarındaki değişikliğe ilişkin taleplere ve bu taleplere yanıt veren önemli hukuki gelişmelere yer verilecek, doğaya hukuki haklar tanınması hususunda ortaya çıkabilecek sorunlara kısaca değinilecektir.

I. CHRISTOPHER STONE VE DOĞANIN HAKLARI

Modern çevre hareketinin doğduğu yıllarda Stone’un makalesinde sorduğu soru ve buna bağlı olarak “doğal nesne”lerin de yasal haklarının olması gerektiği iddiası beraberinde başka sorulara da kapı aralamıştır: “Bu iddia nasıl temellendirilebilir, iddianın hukuki dayanağı ne olabilir?”

Stone söz konusu soruların cevabının hukukun içinde yer aldığını ve biraz olsun hukuk tarihi bilgimiz varsa onları kolayca bulabileceğimizi söylemiştir; çocukların, kadınların, kölelerin hukuki statülerindeki değişim bu hususun bilinen çarpıcı örnekleridir. Mesela Romalıların *patria potestas* kavramı, babanın çocukları üzerinde sahip olduğu *jus vitae necisque* hakkıyla değerlendirildiğinde çocukları kişi olarak kabul etmemiş, bir mal gibi ele almıştır. Nitekim baba, oğlunu veya kızını evlendirebilir, onların boşanmalarına karar verebilir, evlatlık olarak başka bir aileye verebilir ya da satabilirdi³. Buna karşılık modern hukuk düşüncesinde uzun bir süredir çocukların hakları da yer almakta ve bu haklar hukuk sistemlerince tanınmakta ve korunmaktadır⁴. Ek olarak hukuken tanınma artık kadınlar, siyahlar ve yerliler için de geçerlidir. Dahası, hak sahipleri sadece insanlardan, gerçek kişilerden ibaret değildir. Haklara sahiplik farklı biçimlerde de karşımıza çıkmaktadır; şirketler, belediyeler ve gemiler de haklara sahiptirler. Başlarda şirketlerin haklarının olabileceği fikri

1 Christopher D. Stone, ‘Should Trees Have Standing? — Toward Legal Rights for Natural Objects’, (1972) 45 Southern California Law Review.

2 ibid 456.

3 ibid 450-451.

4 ibid 451.

de sarsıcı bulunmuş lakin bir kere bu fikre alışıldığında, arada geçen süreçte yaşanan zorluklar hafızalardan kolayca silinmiştir⁵.

Yeni bir “varlık”a haklar verilmesi yönündeki hareketler her zaman kulağa tuhaf, korkutucu ya da gülünç gelmektedir⁶. Bu anlaşılabilirdir çünkü şeylerin haklarının olmaması bir Doğa yasası olarak ele alınmakta, statükoyu destekleyen hukuki sözleşmeler görmezden gelinmekte ve seçimlerin ardındaki ahlaki, sosyal ve ekonomik boyutların irdelenmesi sürekli ertelenmektedir. Kadınların, çocukların, siyahların hakları söz konusu olduğunda da yapılan buydu; ihtiyaç duyulan nesnenin popüler “idealleştirilmiş” bir versiyonunu yaratarak hukuki değerlendirmelerde bulunmak. Aslında o güne kadar “şey” olarak kabul edilmiş olana haklar verilmesi, onun da kendinden değerli olduğunun tanınması hususu pek çok kimse için karşı çıkılması gereken bir durumdur. Karşı çıkmanın ardında, o sırada hak sahibi olanların, hak sahibi olmayanları kullanmak isteği bulunur. Bununla birlikte hukuktaki gelişmeler incelendiğinde hak öznelere sabit olmadığı, yeni hak öznelere kabul edildiği açıktır⁷.

Doğaya hakları verilsin demenin, kimse hiçbir ağacı kesemez anlamına gelmediğinin altı çizilmelidir. Şöyle ki, şirketlerin de hakları vardır ama bireysel tüm haklardan ve özgürlüklerden faydalanamazlar. Artık çocukların da hakları vardır ancak örneğin 15 yaşındaki bir çocuk, yerel ya da ulusal seçimlerde henüz oy kullanamaz. Bu sebeple doğanın haklarından bahsetmek, insanlarla tamamen aynı haklara sahip olması gerektiğini savunmak demek değildir⁸. Durum böyleyken doğal varlıkların, örneğin derelerin, ormanların konuşamamaları nedeniyle dava ehliyetine sahip olamayacakları eleştirisinde bulunanlar; şirketlerin, devletlerin, belediyelerin, bebeklerin de konuşamadıklarını lakin hukuki sorunlarını onlar adına avukatlarının veya vasilerinin dile getirdiklerini göz ardı etmektedirler⁹.

Stone, University of Southern California’da verdiği mülkiyet hukuku dersinde öğrencileri ile bu görüşlerini paylaşmaktaysa da hukuki argümanlarını henüz bir araya getirmemiştir. Ancak ilgili dönemde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Yüksek Mahkemesi’ne yapılan bir başvuru harekete geçmesine neden olmuştur.

Davanın konusu, Walt Disney’in 1960’ların sonunda Kaliforniya’nın Sierra Nevada Dağları’ndaki Mineral King vadisinde, seksen dönümlük bir alanda, otoyol, elektrik hatları, oteller, restoranlar, yüzme havuzları, otoparklar ve kayak altyapısını kapsayan kayak merkezi inşaatıdır. Proje ABD Orman İdaresi tarafından da onaylamıştır. Ancak çevreci dernek Sierra Kulübü’nün avukatları projenin durdurulması ve izinlerin iptali istemiyle dava açmışlardır. Hükümet ise doğrudan kişisel, maddi veya ekonomik zarara uğramadığından derneğin dava açma hakkı olmadığı itirazında bulunmuştur. Fakat Mahkeme, Sierra Kulübü’nün yabani doğanın korunmasını savunma konusundaki uzun geçmişine dayanarak hükümetin itirazını reddetmiş ve Dernek tarafından yapılan kayak merkezi inşaatının durdurulması yönündeki tedbir başvurusunu kabul etmiştir. Temyiz yargılamasında ise Sierra

5 ibid 452.

6 ibid 455.

7 ibid 454-457.

8 ibid 457.

9 ibid 464.

Kulübü'nün üyelerinin gelişmelerden doğrudan zarar göreceklerine dair kanıt bulunmadığından dava açma haklarının olmadığı gerekçesiyle tedbir kararı kaldırılmıştır. Sierra Kulübü ise pes etmek niyetinde olmadığından 1971'de Yüksek Mahkeme'ye başvurmuştur¹⁰.

Gelişmeleri yakından takip eden Stone, başvuru tamamlanmış olduğundan görüşlerini yayınlamak için geç kaldığını düşünmüştür. Ancak Southern California Law Review'un özel sayısının editörünün Yüksek Mahkeme üyesi William O. Douglas'un olması fırsatını kaçırmak istememiş ve makalesini dergiye sunmuştur. Bu çabanın sebebi ise Yargıç Douglas'ın insanın, doğadan ayrı ele alınmasının doğru olmadığını savunuyor olması ve makineleşmiş bir toplumda nehirler, göller, vadiler gibi muhteşem kaynaklarla birlikte yaşamının değerini "A Wilderness Bill of Rights" adlı çalışmada kaleme almış olmasıdır¹¹.

İşte böyle bir yaşam görüşüne sahip olan Yargıç Douglas, Yüksek Mahkeme kararındaki karşı oyunda da doğanın ekolojik dengesini korumaya yönelik kamu kaygısının dikkate alınması gerektiğine ve doğadaki nesnelere de kendilerini korumaları için dava açma hakkı verilmesinin gerekliliğine değinmiştir. Ek olarak cansız nesnelere de davanın tarafı olabildiklerini, geminin ya da şirketin de tüzel kişiliği olduğunu hatırlatmıştır¹². İddiasına göre vadiler, nehirler, çayırar, haliçler, bataklıklar, korular ve hatta modern teknolojinin ve modern yaşamın yıkıcı baskılarını hisseden hava da dikkate alınmalıdır. Örneğin sürdürdüğü veya beslediği tüm yaşamın sembolü olan nehir, sadece balıkların, suda yaşayan böceklerin değil; karatavuk, su samuru, geyik ve insan da dahil olmak üzere kendisine bağımlı olan veya görüntüsü, sesi ya da yaşamı nedeniyle ondan keyif alan tüm hayvanları da içermektedir. Bu sebeple nehir, davacı olarak kabul edildiğinde aslında kendisinin bir parçası olan ekolojik yaşam birimi adına konuşmaktadır. Bunun anlamı ister balıkçı, ister kanocu ya da ister zoolog olsun, bu su külesiyile anlamlı bir ilişki kuran insanların nehri temsil ettiklerinin kabul edilmesi ve yok olma tehlikesiyle karşı karşıya olan değerler adına konuşabilmelerinin engellenmemesi gerektiğidir¹³. Kısacası, Mineral King'de balık tutan, kamp kuran, sık sık veya sadece yalnızlık ve merak içinde oturmak için onu ziyaret edenler, ister az ister çok olsun, onun meşru sözcüleridir ve onun adına dava açabilmelidirler¹⁴.

Yargıç Douglas'ın belirtilen görüşleri yalnızca Yargıç Blackmun ve Yargıç Brennan'ı etkileyebilmiştir¹⁵. Mahkeme üyelerinin çoğunluğu ise Sierra Kulübü'nün ya da üyelerinin kayak merkezinden doğrudan etkileneceklerini kanıtlayan delilleri sunamadıklarına kanaat getirerek dava açma haklarının olmadığı yönünde oy kullanmışlardır. Fakat dava kısa süreliğine de olsa kamuoyunda heyecan yaratmış, akademik çevrelerin ilgisini uyandırmıştır. En önemlisi, doğanın haklarının tanınmasına yönelik çabalar için esin kaynağı olmuştur. Bununla birlikte Stone'un makalesini ve yargıcın düşüncelerini

10 David R. Boyd, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*, (ECW Press 2017) ebook Part III "Walt Disney, the Sierra Club, and the Mineral King Valley."

11 ibid Part III "Walt Disney, the Sierra Club, and the Mineral King Valley"

12 Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972) <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep405/usrep405727/usrep405727.pdf>> accessed 01 October 2023, 742.

13 ibid 743.

14 ibid 744-745.

15 ibid 755.

saçma bulan hukukçuların sayısı da çoktu¹⁶. Örneğin Amerikan Barolar Birliği dergisinde doğanın da hakları olabileceği düşüncesiyle alay eden bir şiir yayınlamıştır¹⁷.

Neticede Sierra Kulübü'nün davayı kaybetmesine karşılık Walt Disney, kamuoyunun ilgisi sayesinde, projeden vazgeçmiştir. 1978'de de Mineral King Vadisi, ABD Kongresi tarafından, Sequoia Ulusal Parkı'na eklenmiş, bu sayede kötü planlanmış kalkınmadan korunmuştur¹⁸.

II. ANTROPOSENTRİK YAKLAŞIMDAN EKOSSENTRİK YAKLAŞIMA DOĞRU

Aslında tüm bu tartışmalar hukuki kavramların oluşumuyla yakından ilgilidir. Hukukun sadece normlardan oluşan bir kurum olarak ele alınması, onun toplumsal yapı ve kurumlar üzerindeki yapıcı etkisinin, değişiminin göz ardı edilmesidir. Çünkü uzun süredir merkezde insanın bulunduğu ve onun dışındaki her şeyi ona bağlı kılan bir sistem mevcuttur. Buna uygun geliş(tiril)en hukuk anlayışında da insan dışındaki varlıklar sadece birer şeydir; insan tarafından sahip olunabilen, kullanılabilen, satılabilen, korunabilen ve hatta yok edilebilen. Bu antroposentrik bakış açısında doğa, kendinden değerli değildir; insanın yaşamının devamı için gereklidir ve onun hizmetindedir. Geleneksel hukuk anlayışındaki egemen bakış da budur; sadece insanlar ve kişi olarak kabul edilenler hak sahibidirler¹⁹.

İnsanı merkeze alan bu gelenek, sahip olduğu ruh, akıl, özbilinç ve özerklik gibi özellikleriyle insanın, bunlardan yoksun kabul edilen hayvanlardan üstün olduğunu kabul ederek uzun yıllar etkili olmuştur. Örneğin Aristoteles canlı varlıklar arasında doğal bir hiyerarşi bulunduğunu ve hiyerarşinin tepesinde akıl yürütme kapasitesine sahip insanların yer aldığını belirtmiştir ve içgüdüleriyle davranan hayvanların insanların ihtiyaçlarını gidermek için var olduğunu ileri sürmüştür²⁰: "... bitkilerin hayvanlar için, hayvanların da insanlar için olduğuna inanmamız gerekir. Evcil hayvanlar insanlar için gerekli besini sağlarlar, vahşi hayvanların büyük çoğunluğu da besin olarak ya da başka yönlerden işe yararlar ya da onlardan kıyafet ve başka şeyler yapılabilir. Eğer doğadaki her şeyin bir görevi olduğu düşüncemiz doğruysa, aynı zamanda doğadaki her şeyin insan için var olduğuna da inanmamız gerekir²¹."

Thomas Aquinas da Aristoteles ile benzer düşüncededir. O da insanların, eylemlerini belirleyip yönlendirebilen akıllı varlıklar olduğunu, eylemlerini belirleyemeyen hayvanların ise insanlar için var olduklarını söylemiştir²². Tanrı'nın kendisine hizmet etmesi için insanı, insana hizmet etmesi

16 Boyd (n10) "Walt Disney, the Sierra Club, and the Mineral King Valley".

17 Boyd (n10) "Walt Disney, the Sierra Club, and the Mineral King Valley".

18 Boyd (n10) "Walt Disney, the Sierra Club, and the Mineral King Valley".

19 Jens Kersten, "Who Needs Rights of Nature?", Can Nature Have Rights? Legal and Political Insights, in Anna Leah Tabios Hillebrecht and María Valeria Berros, (2017) 6, RCC Perspectives: Transformations in Environment and Society, 9-13, <https://www.environmentandsociety.org/sites/default/files/2017_i6_final_hw.pdf> accessed 15 October 2023, 9.

20 Ahmet Cevzici, *Uygulamalı Etik*, İstanbul, 2. Baskı, (Say Yayınları 2016) 144-145.

21 Aristoteles, *Politika*, Furkan Akdemir (çev), (Say 2013) 36 (Kitap I, Bölüm 8, 1256b).

22 Cevzici (n20) 145.

için de doğayı yarattığının savunulduğu bu dönemde insan, kendisi için yaratılan doğadaki varlıklar üzerinde denetim ve egemenlik sağlama üstünlüğüne sahiptir. Yalnızca insanın kendinde bir değeri vardır, başka varlıklar böyle bir içkin değere sahip değildir. İnsan ise evrenin merkezinde olmasa da hiyerarşinin tepesinde insan-olmayan varlıklar karşısında ayrıcalıklı bir yerdedir²³.

Descartes, Locke ve Kant'ta da izlerine rastlanan bu anlayış, insan dışındaki varlıkların araçsallığına vurgu yaptığından hayvanlara yönelik zalimce muamelede neyin yanlış olduğunu göstermekte zorlanır²⁴. Örneğin Kant'a göre bir köpeğe yönelik zulüm, kişiyi insanlara karşı zulme duyarsızlaştırılacak bir karakter gelişimine teşvik edebileceğinden yanlıştır. Hayvanlar öz bilince sahip olmadıklarından bir amacın aracı konumundadırlar. İnsanların hayvanlara karşı doğrudan ödevleri olamaz fakat hayvanlara karşı ödevler, insanlığa karşı dolaylı ödevler olduğundan örneğin, sahibine hizmet edemez hale gelen köpeğe bakılmaya devam edilmeli, öldürülmemelidir. İşe yaramadığından bahisle köpeği öldürmek kişinin kendi nazik ve insani özelliklerine zarar vermek anlamına gelir²⁵. Bunun anlamı, insan olmayanlara karşı zulmün, doğası gereği değil, araçsal olarak yanlış olacaktır. Benzer şekilde, antroposentrizm çoğu zaman antropojenik çevresel yıkımın bazı içsel olmayan yanlışlıklarını kabul eder. Çünkü varlığımız ve refahımız sürdürülebilir bir çevreye bağlıdır ve bu tarz bir yıkım insanların şimdiki ve gelecekteki refahına zarar verebilir²⁶.

Çağdaş ekosentrik etik, akademik bir disiplin olarak geleneksel antroposentrizme meydan okuyarak, 1970'lere gelindiğinde, ortaya çıkmıştır. Bu gelişmelerde Leopold'un, Routley'in, Stone'un ve Rolston'un çalışmaları, bilim insanlarının uyarıları etkilidir²⁷. Ekosentrik etik anlayışı, antroposentrik etik anlayışının aksine sadece insana değil, insanın dışındaki varlıklara da, akarsulara, dağlara vb. ve ekolojik sistemlere de, değer verilmesi gerektiğini savunur. Başka bir deyişle insanların, canlı ve cansız bütün varlıkların bir bütün olduklarını ve korunmaları gerektiği belirterek insanların diğer varlıklardan üstün konumda olmadıklarını ileri sürer. Halbuki antroposentrik yaklaşımdaki örneğin, Aristotelesçi ya da Kantçı anlayış bir hayvanın ya da bitkinin sadece ahlaki özne olarak değil, hukuki özne olarak da kabulüne karşı çıkar. Ne var ki çağdaş hukuki yaklaşım, sadece gerçek kişilerin değil, tüzel kişilerin de haklara, yetkilere, ödevlere sahip olduğu fikrini benimsemiştir. Böylece insan olmayan aktörlere de kişilik atfedilmiş ancak söz konusu kişilik gerçek kişi kavramından farklı bir şekilde geliştirilmiştir. Sonuç olarak tüzel kişiler de haklarını yargıda ya da hukuken tanınmış diğer yargı dışı yollarda kullanabilmektedir.

Stone'un makalesinin ardından doğanın da hakları olabileceği fikrinin akademik çevrelerce desteklendiği belirtilmişti. Örneğin Roderick Nash "*The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics*" adlı çalışmasında tarih boyunca haklara sahip olmayanların, verdikleri mücadeleleri, hak

23 Aykut Çoban, *Çevre Politikası: Ekolojik Sorunlar ve Kuram*, Ankara, (İmge Kitabevi Yayınları 2020) 279-280.

24 Andrew Brennan and Norva Y. S. Lo, "Environmental Ethics", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed), <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/ethics-environmental/>> accessed 7 November 2023.

25 Immanuel Kant, *Lectures on Ethics*, Peter Heath (trans), Peter Heath (ed), J.B. Schneewind, USA, (Cambridge University Press 1997) 212.

26 Brennan and Lo (n 24).

27 ibid

sahipliğinin doğayı da içerecek şekilde neden ve nasıl genişlediğini incelemiştir. Thomas Berry ise “*The Origin, Differentiation, and Role of Rights*”ta Dünya topluluğunun tüm üyelerinin nasıl doğuştan haklara sahip olduğunu anlatmıştır. Cormac Cullinan’ın kaleme aldığı “*Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*” da hukuki ve tarihi tartışmalara yeni bir alan açmıştır²⁸.

III. DOĞANIN HAKLARININ GÜVENCE ALTINA ALINMASI

Bahse konu tüm çalışmalar zamanla dünyanın farklı bölgelerinde doğanın hakları adına önemli sonuçları ortaya çıkarmıştır. Bu kısımda hakkın ortaya konulmasındaki önemli hukuki gelişmelerden bazılarına yer verilecektir.

A. EKVADOR VE BOLİVYA ANAYASALARI

Ekvador, 2008 yılında, yerli halkların, yerel hareketlerin çabalarıyla, doğanın haklarını tanıyan bir anayasa kabul etmiştir. Dünyada türünün ilk örneği olan ve çığır açan anayasa, doğanın korunmasına öncelik veren hukuk sistemlerinde yeni bir dönemi başlatmıştır. Çünkü bu tarihe değin diğer anayasalar çevresel değerlerin önemini ve ilgili değerlere bağlılığı vurgulamışlarsa da egemen anlayış antroposentriktir. Ekvador Anayasası ise ekosentrik bir yaklaşımla hazırlanmıştır²⁹.

Anayasa’nın girişinde, varlığımız için yaşamsal öneme sahip Doğa Ana’nın (*Pacha Mama*) bir parçası olduğumuz vurgulanmıştır. Ayrıca md.10/2’de doğanın Anayasa’nın ve yasanın tanıdığı hakların öznesi olduğuna yer verilmiş, 71 ila 74. maddeler arasında, doğaya tanınan haklar ve devletin yükümlülükleri sıralanmıştır³⁰.

28 <<https://www.garn.org/rights-of-nature-timeline/>> accessed 1 December 2023. Söz konusu çalışmalar için bkz. Roderick Frazier Nash, *The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics*, Wisconsin, (The University of Wisconsin Press 1989), Thomas Berry, “The Origin, Differentiation and Role of Rights”, <<https://www.ties-edu.org/wp-content/uploads/2018/09/Thomas-Berry-rights.pdf>> accessed 19 May 2024, Cormac Cullinan, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, 2nd edition, UK (Chelsea Green Publishing 2011).

29 Ekvador Anayasası’ndaki düzenlemeden önce, 2006 yılında, Pensilvanya Tamaqua Borough halkı doğanın haklarını yasa ile tanıyan ilk topluluk olmuştur. Halk, Topluluk Çevre Hukuki Savunma Fonu’nun (CELDF) desteğiyle, atık çamur bırakan şirketlerin bu çamurları çukurlara bırakmalarını yasaklanması için taslak hazırlamıştır. Belediye Meclisi’nde oylanan taslağın onaylanmasıyla Tamaqua kasabası ABD’de ve dünyada doğanın haklarını tanıyan ilk yer olmuştur. <<https://www.garn.org/rights-of-nature-timeline/>> accessed 1 December 2023.

30 <https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf> accessed 1 Ocuber 2023; Tolga Şirin, “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları”, II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, 60-61, <https://www.academia.edu/21718107/GELECEK_KU%C5%9EAKLARDA_N_DO%C4%9EANIN_HAKLARINA_BOL%C4%B0VYA_VE_EKVAD_OR_ANAYASALARI> Erişim Tarihi 2 Aralık 2023. Söz konusu maddeler şunlardır: “Madde 71: Yaşamın yeniden ürettiği ve oluştuğu yer olan Doğa veya Pacha Mama, varlığının ve yaşam döngüsünün, yapısının, işlevinin ve evrim sürecinin, sürdürülmesine ve yeniden oluşmasına bütünüyle saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Her kişi, topluluk, halk veya ulus, kamu organlarının önünde doğanın haklarının tanınmasını talep edebilir. Bu hakların uygulaması ve yorumlanmasında, Anayasa’nın belirtilen ilkelerine uygun şekilde uyulacaktır.

Devlet, gerçek ve tüzel kişiler ile toplulukları, doğayı korumaları için teşvik eder, ekosistemi meydana getiren tüm unsurlara saygıyı geliştirir.

Madde 72: Doğa, restorasyon hakkına sahiptir. Bu restorasyon devletin ve gerçek veya tüzel kişilerin, doğal alanlarda yaşayan gerçek veya tüzel kişilerin zararlarını tazmin etme yükümlülüğünden bağımsızdır.

Ciddi ve kalıcı çevresel etkilerde, bunlara yenilenemeyen doğal kaynakların sömürüsü de dahildir, devlet, restorasyon

Ekvador'un doğayı anayasal koruma altına alarak bağımsız bir hak öznesi olarak kabulü öncü bir harektir. Bu noktada anayasadaki *buen vivir* kavramına da değinilmelidir³¹. *Buen vivir* İspanyolca bir kavramdır ve Türkçeye iyi yaşam şeklinde çevrilebilir. Anayasada yerli Quechua dilindeki karşılığı olan *sumak kawsay* ile de birlikte kullanılmıştır. *Buen vivir* kısaca, uzun süredir devam eden alternatif yaşama yolları arayışının ayrılmaz bir parçasıdır ve yerli halkların geçtiğimiz yüzyıllardaki mücadeleleri ile şekillenmiştir. Bununla birlikte özellikle son yıllarda sömürüye dayalı kalkınma modeline alternatif olarak da sunulmaktadır. Batılı düşünce ekolünün aksine topluluğun önemine dayanır ve egemen kapitalist uygarlığın ve uygulanan farklı sosyalizm görünümlerinin insan merkezli mantığından tamamen farklıdır. Sosyo-biyo-merkezli bir görüştür³².

Bolivya ise doğanın haklarını 2010 ve 2012 tarihli iki ayrı yasada ele almıştır. Aslında 2009 tarihli Bolivya Anayasası doğayı korumanın önemini kabul etmekte ama Ekvador Anayasası'ndan farklı şekilde herhangi bir anayasal doğa hakkı tesis etmemektedir. Bu husus, iki anayasa arasındaki temel farklardan biridir. Şöyle ki, Bolivya Anayasası, önemli çevresel güvenceler içerse ve dikkat çekici gelişmelere imkan sağlasa da, geleneksel kalkınmacı perspektifi takip etmeyi bırakmamış; devletin öncelikli gayesinin doğal kaynakların endüstrileştirilmesi olduğunu açıkça ifade etmiştir. Velhasıl doğanın korunması değil, ekonomik amaçlar ön plandadır³³. Bolivya yerli geleneğinde de bulunan *Pacha Mama*'nın haklarının ve bu hakların korunmasının ise belirtilen iki yasa aracılığıyla gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.

Doğa Ana'nın Hakları Yasası'na (2010)³⁴ göre Doğa Ana; yaşam, biyolojik çeşitlilik, su, temiz hava, denge, kendini onarabilme ve kirlenmeme haklarına sahiptir. Bu yasa ile Doğa Ana belli haklara sahip bir özne olarak tanınmıştır. 2012'de ise "Doğa Ana ve İyi Yaşam İçin Bütüncül Gelişme Çerçeve Yasası"³⁵ kabul edilmiştir. Yasa, haklar ve yükümlülükler çerçevesinde, iyi yaşam için Doğa Ana ile uyumlu ve dengeli bütüncül bir kalkınmanın temellerini oluşturabilmeyi, Doğa Ana'nın doğal

için en etkili olan mekanizmaları oluşturur ve zararlı çevresel sonuçların ortadan kaldırılması veya azaltılması için uygun tedbirleri alır.

Madde 73: Devlet, türlerin yok olmasına, ekosistemin tahribatına ve doğal döngünün kalıcı olarak değişmesine neden olacak faaliyetlere yönelik tedbir almak veya kısıtlama getirmekle yükümlüdür.

Ulusal genetik mirasa kalıcı bir biçimde zarar verecek organizmaların ve organik ve inorganik maddelerin ülkeye sokulması yasaktır.

Madde 74: Kişilerin, toplulukların, halkların ve milletlerin, iyi bir yaşam sürdürebilmeleri için, çevre ve doğal kaynaklardan yararlanma hakları vardır.

Doğal kaynaklara el konulamaz. Bunların üretimi, kiralınması, kullanımı, işletilmesi Devlet tarafından düzenlenir."

31 Ekvador Anayasası'nda ayrıca, ikinci bölümde, *buen vivre* ilişkin haklar düzenlenmiştir. Buna göre su hakkı temel bir haktır ve devredilemez. Sağlıklı, yeterli ve besleyici gıdaya güvenli ve sürekli şekilde erişim hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı kabul edilmiştir. Ayrıca iletişim, kültür, bilim, eğitim, habitat, barınma, sağlık, iş ve sosyal güvenlik haklarına ve devletin ilgili haklar için güvencelerine yer verilmiştir.

32 Alberto Acosta, Mateo Martínez Abarca, , 'Buen Vivir: An Alternative Perspective from the Peoples of the Global South to the Crisis of Capitalist Modernity' In Climate Crisis, The: South African and Global Democratic EcoSocialist Alternatives, Satgar V (ed) (Wits University Press 2018) 132-134.

33 Şirin (n30) 59-61.

34 Bkz. Ley de Derechos de la Madre Tierra, <<http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>> accessed 1 October 2023.

35 Bkz. Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien, <<https://mineria.gob.bo/juridica/20121015-11-39-39.pdf>> accessed 1 October 2023.

sistemlerini yeniden üretebilmesi için potansiyelini korumayı, yerel ve atalardan gelen pratiklere uygun onarmayı ve güçlendirmeyi amaçlamıştır.

2008'de Ekvador'un, 2010'da da Boliviya'nın doğanın haklarını anayasaya dahil etmelerini müteakip doğanın haklarını tanıyan devlet, yasa ve mahkeme sayısı artmıştır. Ancak "Doğa" kavramının kendisi çok büyük bir kategoridir; mikropları da gezegenimizi de bu kategorinin altında ele almak mümkündür. Bu sebeple temel soru kimin veya neyin haklara sahip olduğudur. Yanıt ise bir bütün olarak Doğa'nın hak sahipliğini işaret eder; ekosistemler; nehirler ve dağlar gibi belirli ekosistemler veya doğal özellikler; hayvan veya bitki türleri ve organizmalar. Bazı yasalar ise hakları doğaüstü veya atalardan kalma varlıklara değin genişletir yahut en azından hak sahibinin spiritüel veya kutsal karakterini kabul eder³⁶.

Doğanın haklarının hukuken korunma altına alınmasında ise, ülkelerin hukuki yapılarına bağlı biçimde gelişen, iki temel model karşımıza çıkar: tüzel kişilik modeli ve hak sahipliği modeli. Kişilik modeline göre doğa, genellikle tanımlanmamış hak ve yükümlülöklere sahip, şirket gibi ele alınabilen yasal bir "kişi" olarak tanınır. Bazı yasalar bu modeli benimseyerek, doğal varlıkları açıkça yasal "kişiler" olarak tanımlamışlardır. Buna karşılık, pek çok doğa hakları yasası, "kişilerden" bahsetmeyen ancak doğayı, genellikle yasada belirtilen belirli hakların sahibi veya "öznesi" olarak tanıyan hak sahipliği modelini benimser. Bu iki model de esasen hakların kullanılmasını sağlamak için çaba sarf etmektedir. Nitekim pek çok hukuk sistemi sadece "kişi"lere hak sahipliği tanır ve onların, bu hakları kullanma amacı açısından kişi olduklarını belirtir. Fakat doğanın statüsünün, hukuk sistemlerinin onu konumlandığı yere göre değiştiğinin altını çizilmelidir³⁷.

B. TE UREWEREA VE TE AWA TUPUA YASALARI

Doğanın hakları açısından önemli bir diğer gelişme, takvimler 2014'ü gösterdiğinde gerçekleşmiştir. 2014'te Yeni Zelanda Parlamentosu, Tūho halkı ile hükümet arasında bir anlaşmaya varılmasını sağlayan Te Urewera Yasası'nı³⁸ kabul etmiştir. Yasa, 2.000 kilometrekareden büyük eski bir milli park olan Te Urewera'nın "kendi başına hukuki tanınmaya" sahip yaşayan bir varlık olduğuna yer vermiştir. Yasaya göre Te Urewera; kadim ve dayanıklıdır, doğanın bir kalesidir, tarihle canlıdır, manzarası gizemli ama aynı zamanda güzelliklerle dolu (md.3/1), kendi *mana* ve *mauris* ile spiritüel bir yerdir (md.3/2)³⁹. Te Urewera'nın kendi başına bir kimliği vardır ve insanlara onun bakımını üstlenmeleri için ilham verir (md.3/3). Tūhoe için Te Urewera, *Te Manawa o te Ika a Māui*'dir; *Māui*'nin büyük balığının kalbidir ve adı ata Tūhoe'nun oğlu Murakareke'den gelmektedir (md.3/4)⁴⁰. Tūhoe için Te Urewera onların *ewe whenuasi*, köken ve dönüş yerleri, anavatanlarıdır (md.3/5)⁴¹.

36 Stepan Wood, Rights of Nature: Who Holds Them? (2023) Centre for Law and the Environment (9) 4, <<https://commons.allard.ubc.ca/cle/9>> accessed 1 December 2023.

37 ibid 16.

38 Te Urewera Act, <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html#DLM6183601>> accessed 1 October 2023.

39 *Mana*, manevi güç; *mauri* ise yaşam gücü anlamına gelir. Wood (n36) 10.

40 *Maui*, Atalardan kalma bir tanrıdır. Wood (n35) 10.

41 *Ewe whenua* ise plasantaların gömülü olduğu yer anlamına gelir. Wood (n36) 10.

Te Urewera Tühoe kültürünü, dilini, geleneklerini ve kimliğini ifade eder ve anlamlandırır (md.3/6). Te Urewera tüzel bir kişidir ve tüzel bir kişinin tüm hak, yetki, görev ve yükümlülüklerine sahiptir (md.11/1).

2017’de ise Māori Iwi ile Hükümet arasında yapılan uzun müzakerelerin sonucunda Whanganui Nehri⁴² (Iwililer tarafından Te Awa Tupua olarak isimlendirilmiştir) için bir yasa çıkarılmıştır. Yasa’ya göre Te Awa Tupua, Whanganui Nehri’ni dağlardan denize kadar kapsayan, tüm fiziksel ve metafiziksel unsurlarını içeren bölünmez ve yaşayan bir bütündür (md.12). Te Awa Tupua’nın kalbinde yatan ve tanınan köklü değerleri ise şunlardır (md. 13):

“(a) *Ko te Awa te mātāpuna o te ora*: Nehir ruhani ve fiziksel rızkın kaynağıdır:

Te Awa Tupua, hem Whanganui Nehri’ndeki yaşamı ve doğal kaynakları hem de Nehir’deki iwi, hapū ve diğer toplulukların sağlık ve refahını destekleyen ve sürdüren ruhani ve fiziksel bir varlıktır.

(b) *E rere kau mai i te Awa nui mai i te Kahui Maunga ki Tangaroa*: Büyük Nehir dağlardan denize akar:

Te Awa Tupua, Whanganui Nehri’ni ve onun tüm fiziksel ve metafizik unsurlarını içeren, dağlardan denize kadar bölünmez ve yaşayan bir bütündür.

(a) *Ko au te Awa, ko te Awa ko au*: Ben Nehir’im ve Nehir de benim:

Whanganui Nehri’nin iwi ve hapū’larının Te Awa Tupua ve onun sağlığı ve refahı ile devredilemez bir bağlantısı ve sorumluluğu vardır.

(b) *Ngā manga iti, ngā manga nui e honohono kau ana, ka tupu hei Awa Tupua*: Birbirine akan küçük ve büyük dereler tek bir Nehri oluşturur:

Te Awa Tupua, Te Awa Tupua’nın sağlığı ve refahı ortak amacı için iş birliği içinde çalışan pek çok unsur ve topluluktan oluşan tekil bir varlıktır.”

Yasa’nın 14. maddesi ile de nehre tüzel kişilik tanınmıştır: “(1) *Te Awa Tupua tüzel bir kişidir ve tüzel bir kişinin bütün haklarına, yetkilerine, ödevlerine sorumluluklarına sahiptir.* (2) *Te Awa Tupua’nın hakları, yetkileri ve ödevleri onun adına Te Pou Tupua tarafından icra edilmelidir.*”

Peki Te Po Tupua nedir? Yasa’ya göre Te Pou Tupua’nın amacı Te Awa Tupua’nın insan yüzü olmak ve Te Awa Tupua adına hareket etmektir (md.18/2). Te Pou Tupua, amacına ulaşmak ve bu Yasa’ya uygun olarak işlevlerini, yetkilerini ve görevlerini yerine getirmek ve uygulamak için tam kapasiteye ve makul olarak gerekli tüm yetkilere sahiptir (md.18/3).

Bu maddeler göstermektedir ki Whanganui Nehri’nin sahibi artık insanlar değil, Te Awa Tupua’nın kendisidir. Nehir ve çevresindeki ekosistem ile ilişkili metafizik unsurların yasaya dayanan hakları

42 Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act, <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html#DLM683146> accessed 1 October 2023.

ve bağımsız bir sesi vardır. Nehrin doğuştan gelen değerleri, menfaatleri ve statüsü dikkate alınmalı, ona saygı gösterilmeli ve desteklenmelidir.

C. UTTARAKHAND YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN KARARLARI

2017'de ise bambaşka bir coğrafyada, doğanın haklarının açıkça anayasalarda ya da yasalarda tanınmasa bile mahkeme kararları ile nasıl kurumsallaştırılabileceğini gösteren bir gelişme yaşanır. Hindistan'ın Uttarakhand Eyaletindeki Uttarakhand Yüksek Mahkemesi Ganj ve Yamun nehirleriyle ilgili ilk kararda, Ganj ve Yamuna Nehirlerinin, bunlara ait tüm akarsu kollarının, derelerin, bu nehirlerden sürekli ya da aralıklı da olsa akan bütün suların tüzel kişi statüsünde ve yaşayan; ilgili tüm hak, ödev ve sorumluluklara sahip varlıklar olduğuna ve devlet kurumlarının söz konusu nehirlerin sağlığını ve refahını geliştirmek adına eylemlerde bulunmaları gerektiğine hükmeder⁴³. Böylece bu nehirlerin statüleri, "hak-sız" varlıklardan "hak sahibi" varlıklara doğru bir değişim yaşar. Mahkeme, Anayasa'nın devletin kamusal sorunlara çözüm bulma konusunda başarısızlığı halinde dışlanmış gruplara adalete erişim imkanını tanımamasından hareket ederek kararını verir. Şöyle ki, 1970'lerden itibaren Hindistan'da kamu yararı davaları mevcuttur. Bu davalar, herhangi bir tarafın, kamu menfaatinin tehlikede olduğunu ve devletin harekete geçmediğini kanıtlayabildiği durumlarda mahkemelerde hukuki çözüm aramasına olanak tanır. Davayı açabilmek için tarafların ihlalden doğrudan etkilenmeleri de gerekli değildir, tek taraflı biçimde de kamu yararına yönelik dava açılabilir⁴⁴.

Ganj ve Yamuna nehirleri Himalayalar'da doğar ve Uttarakhand Eyaleti'nin ötesinde güneye doğru uzanır; Ganj sonunda Padma nehri olarak Bangladeşe akar. Her iki nehir de özellikle aşağı kesimlerinde yüksek oranda kirlenmiştir ve Yamuna nehrinin yatağına yapılan yasadışı tecavüzler de dahil olmak üzere nehir ekosistemleri ciddi şekilde bozulmuştur. Bu husus da kamu yararı davasının temelini oluşturmuştur⁴⁵.

Uttarakhand Yüksek Mahkemesi'nin bu kararında dikkati çeken bir başka husus, davacının Ganj ve Yamuna'nın tüzel kişiliğine yer vermemesine rağmen hakimlerin bu yönde adım atmalarıdır. Gerekçede Yeni Zelanda'nın Whanganui Nehri düzenlemesi emsal gösterilmiştir. İlaveten iç hukuktaki tüzel kişi kavramının toplumun inançlarına hizmet etmek için tanındığı belirtilmiş; tanrıları temsil eden Hindu putlarının tüzel kişilik statüsüne sahip olabileceğini belirten önceki mahkeme kararlarına atıfta bulunulmuştur. Söz konusu putlar, toplumun ihtiyaç ve inançlarını karşılamadaki manevi rolleri nedeniyle menfaatlerini korumak için dava açabilmektedirler⁴⁶. Hindular, kutsal ve değerli olduğuna inandıkları Ganj ve Yamuna nehirlerine de benzer şekilde tapmaktadırlar. Onlarla

43 Craig M. Kauffman, Pamela L. Martin, 'How Courts Are Developing River Rights Jurisprudence: Comparing Guardianship in New Zealand, Colombia and India', (2019) 20(3) Vermont Journal of Environmental Law 280-281; Erin O'Donnell, 'At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India', (2018) 30 (1) Journal of Environmental Law 135, <https://www.researchgate.net/publication/322592691_At_the_intersection_of_the_sacred_and_the_legal_rights_for_nature_in_Uttarakhand_India> accessed 7 November 2024.

44 Kauffman and Martin (ibid 43) 281.

45 O'Donnell (ibid 43) 135-136.

46 Kauffman and Martin (ibid 43) 283.

derin ve ruhani bir bağları vardır ve inançlarına göre Ganj Nehri tüm günahlarından arınmalarını sağlar. Öyleyse toplumun inancının korunması adına Ganj ve Yamuna nehirleri tüzel kişiler olarak ilan edilmelidirler⁴⁷.

Uttarakhand Yüksek Mahkemesi ikinci olarak, Yüksek Mahkeme avukatı olan Lalit Miglani tarafından yapılan başvuruyu karara bağlamıştır. Bu kararında ise, “Lalit Miglani v. Uttarakhand Eyaleti ve diğerleri” kararı, Ganj ve Yamuna Nehirleri’nin kaynağı olan Gangotri ve Yamunotri buzullarını tüzel kişi ilan etmiştir. Mahkeme’ye göre Gangotri ve Yamunotri dahil olmak üzere buzullar, nehirler, dereler, akarsu kolları, göller, hava, çayırlar, vadiler, ormanlar, sulak alanlar, otlaklar, pınarlar ve şelaleler tüzel kişi statüsüne sahiptir⁴⁸.

Söz konusu davaların dönüm noktası oldukları çünkü yerel mahkeme tarafından da olsa doğa için yasal haklar yaratılmasının ve söz konusu nehirlerin ve dağların Uttarakhand Eyaleti sınırlarının ötesine etki etmesinin daha geniş ölçekte çevre hukukunu etkileme potansiyeli olduğu ileri sürülmüştür⁴⁹.

IV. ANAYASAL HAKKIN İHLALİ DURUMUNDA: VILCABAMBA NEHRİ İÇİN MÜCADELE

Hukuki düzenlemeler önemli olsa da uygulanmaları, etkili olmaları da gerekmektedir. Bu noktada yargı kararlarının incelenmesi düzenlemelerin etkililiklerini göstermesi bakımından aydınlatıcı olabilir. Doğanın haklarını tanıyarak dava konusu uyuşmazlığı doğanın hakları çerçevesinde inceleyen ilk karar 2011 yılına aittir. Ekvador Temyiz Mahkemesi dünya tarihinde ilk kez doğanın haklarını tanıyan mahkeme olarak kayıtlara geçmiştir. Davanın konusu, 2007’de Ekvador’a altı haftalık bir tatil için giden ve bu sırada Podocarpus Ulusal Parkı’nı da ziyaret ederken Vilcabamba Nehri’ne komşu satılık bir çiftlik görerek, deyim yerindeyse oraya ilk görüşte aşık olan Eleanor (Norie) Huddle ve Richard Wheeler’ın verdikleri hukuk mücadelesidir⁵⁰.

Çift, çiftliği ve bitişindeki mülkü satın alıp ona Cennet Bahçesi adını verir. Hayalleri vardır; organik mahsuller yetiştirmek, yeniden ağaçlandırma projeleri yapmak, yerel halk için iyi işler ve küçük bir dinlenme merkezi dahil olmak üzere sürdürülebilir bir tarım modeli yaratmak. ABD’ye dönmeden önce de küçük bir çiftlik evi inşa etmişlerdir. Ancak 2008’de ABD’den Ekvador’a geri geldiklerinde çiftliklerinin önünden geçen çukurlu, dar yolun üç şeritli bir otoyola dönüştürüldüğünü görürler. Canları, inşaat atıklarının çiftliklerinin doğrudan güney sınırı boyunca akan nehre atıldığını fark ettiklerinde iyice sıkılır. Zira binlerce ton moloz nehre dökülmüştür. Öyle ki bazı yerlerde nehrin genişliği yarıya kadar azalmıştır. Norie olan biteni anlayabilmek, süreç hakkında bilgi edinmek, nehre çöp dökülmesini durdurmak ve verilen hasarın onarılmasını sağlamak için eyalet başkenti Loja’ya gider. Ziyaretlerinden birinde Ekvador yasalarına göre büyük yol inşaatı projeleri öncesinde

47 ibid 281-284.

48 O’Donnell (ibid 43) 136.

49 O’Donnell (ibid 43) 136.

50 Boyd (n10) “A River Goes to Court”.

çevresel etki değerlendirme raporu hazırlanması gerektiğini öğrenir ve ilgili devlet kurumlarından söz konusu belgeyi kendisiyle paylaşmalarını ister. Fakat hiçbir kurum böyle bir raporu sunamaz⁵¹.

2009 yılında Cennet Bahçesi, bahar yağmurunun büyük bir fırtınaya dönüşmesiyle felaketi yaşar. Vilcabamba Nehri'ndeki su seviyesi bir ay boyunca normalin birkaç metre üzerinde seyrederek. Arazilerinin verimli toprakları yağmurla birlikte taşınır; kuyuları, çitleri, balık havuzları, sulama kanalları ve ağaçları sel nedeniyle yok olur. Bu son olay Norie'nin sabrının tükenmesine neden olur ve Federal Çevre Bakanlığı'na resmi bir şikayette bulunur. Şikayet üzerine çiftliğe ziyaret eden müfettişler bir rapor hazırlayarak eyalet hükümetine bir çevresel değerlendirme ve hasarların onarılması için bir plan çıkarılması talimatını verirler. Gelişmeler sonrası yetkililer en kötü etkilenen bölgelerden birini restore etmeye başlasalar da bir süre sonra rehabilitasyon çalışmaları aniden durur ve yol inşaatına yeniden başlanır. İnşaat sırasında kullanılan dinamitlerle kayalar yeniden kayar, molozlar tekrar nehre dökülür⁵².

Yaşananlar sonrasında çift, yalnız ilerleyemeyeceklerini anlayarak avukat tutar. Talepleri, 2008 tarihli Anayasa'nın hükümlerine uygun hareket edilmesini sağlamak için. Bu amaçla otoyol projesinin Vilcabamba Nehri'ne enkaz atmaya derhal durdurulması, nehrin doğal akışına uygun hale getirilmesi ve çalışmalar nedeniyle nehirde biriken kayaların, kirin, çakılların ve bitki örtüsünün kaldırılması talepli dava açarlar. İlk derece mahkemesinde işlerin istedikleri gibi ilerlememesi üzerine de kararı temyiz ederek üst mahkemeye taşırlar⁵³.

Temyiz Mahkemesi ise ilk derece mahkemesinin kararını bozar ve dünyada bir ilk olan kararını verir: Vilcabamba Nehri'nin anayasal hakları vardır ve hakları derhal korunmalıdır. Sanıklar mevcut hasarı gidermekle, nehri iyileştirmekle ve eski hale getirmekle yükümlüdürler. Ayrıca çevre izinleri almalı, Nehri petrol sızıntılarına veya makinelerden kaynaklanan sızıntılara karşı korumalı, çevreye gelecekte gelebilecek zararları önlemek için uyarı sistemi kurmalıdır; ilgili molozların, çöplerin bertaraf edilmeleri için uygun alanlar bularak yerel günlük gazetede kamuya açık özür yayınlamalıdır⁵⁴.

V. HAK SAHİPLİĞİ VE ORTAYA ÇIKAN KİMİ SORUNLAR

Şimdiye kadar yer verilen örneklerden, sadece nehirlerin ya da doğal parkların hak sahipliklerinin kabul edildiği sonucuna ulaşılmamıştır. Doğa haklarına sahiplik her geçen gün artan sayıda hukuk sistemi tarafından tanınmakta ve hak sahibi olduğu kabul edilen varlıklar da sürekli artmaktadır. Başta da değinildiği üzere, "Doğa" ile bazen; Doğa, Doğa Ana, Doğa/Toprak Ana (Nature, Pacha

51 ibid.

52 ibid.

53 ibid.

54 ibid. Şirin (n30) 65-67. Mahkemede elde edilen zaferlerin uygulamadaki yansımaları, doğanın hakları mücadelesinin anayasal ya da yasal hükümlerle, mahkeme kararları ile koruma altına alınmasının yeterli olmadığını göstermektedir. Ülkemizde de onlarca örneğini gördüğümüz, yaşadığımız üzere, kimi zaman yerel yönetimler kimi zaman şirketler doğanın lehine ve aslında herkesin lehine olan kararları uygulamaktan imtina etmektedirler. Vilcabamba Nehri de benzer kaderi paylaşmış, bölgesel hükümet otoyol inşaatını durdurmamış, Mahkeme'nin kararlarına uymamıştır. Davacılar, kararın zorla yerine getirilmesi için uğraş vermek zorunda kalmışlardır.

Mama, Mother Earth) veya benzer terimlere atıfta bulunularak bir bütün olarak doğal dünya ele alınmıştır. Bazı durumlarda ise nehir sistemleri, dağlar, ormanlar ve diğer biyolojik bölgeler gibi belirli bir ekosistemin hak sahipliği gündeme getirilmiş ve genellikle birbirine bağlı birçok parça ve türden oluşan dinamik bir ekosistemin varlığına vurgu yapılmıştır. Diğer durumlarda ise, örneğin anayasal güvencenin bulunduğu Ekvador'da, hak savunucuları; nehirler (Vilcabamba Nehri davası), köpekbalkları (Galapagos Köpekbalkı yüzgeci davası), doğal orman (Secoya Palmiye Plantasyonu davası), mangrov ekosistemleri (Cayapas Shrimper davası), su (Esmeraldas yasadışı madencilik davası), toprak (Macuma-Taisha yolu davası), belirli bir kuş türü (Andean Condor davası) ve deniz iguanaları ve diğer türler için göç yolları (Santa Cruz Yolu davası) ile ilgili olarak anayasa hükümlerini gündeme getirmişlerdir. Yerli kabile hukukunun doğanın haklarını korumasına, belirli bir bitkinin -manoomin, bir çeşit yabani pirinç- Kuzey Amerika'daki yerel bir yasada hak sahipliğinin tanınması örnek verilebilir. Bu, bir bitki türünün hukuki haklarının ilk kez tanınmasının yanı sıra bitkinin haklarından yararlanması için tüm bir ekosistemi korumaya yönelik bir başlangıç noktasını temsil etmektedir⁵⁵.

Doğanın haklarının veya doğal varlıkların tüzel kişiliğinin hukuk sistemlerinde tanınmasını müteakip bu hakların uygulamada da hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu noktada temsil sorunu gündeme gelmektedir. Vaka çalışmaları, ekolojik hak sahibi adına hareket etmek ve karar alma süreçlerinde ve/veya anlaşmazlıklar ortaya çıktığında menfaatlerini temsil etmek üzere kimin görevlendirildiği hususunda farklı yaklaşımların varlığını ortaya koymaktadır. Örneğin Kolombiya ve Yeni Zelanda, ormanın ya da nehrin insan sesi olacak şekilde atanmış temsilcilerin yer aldığı, danışma ve strateji grupları ile hakların gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak üzere mekana dayalı, bilimsel veya diğer ilgili bilgilere sahip diğer kişiler tarafından desteklenen kapsamlı vesayet mekanizmaları oluşturmuşlardır. Bu mekanizmaların işleyebilmesi ise uzun vadeli yönetim planlarının kamu tarafından geliştirilmesini ve ekolojik hak sahibini etkileyen her türlü kararda dikkate alınacak değerlerin tespit edilmesini gerektirmektedir. Hindistan ve Bangladeş gibi diğer örneklerde ise benzer rolleri üstlenmek üzere belirli devlet görevlileri veya kuruluşlar atanmış veya ilgili yasa, adı geçen grupların yahut bazı yerlerde herhangi bir kişinin doğa haklarını uygulamak için mahkemeye gidebileceğini açıklığa kavuşturmuştur⁵⁶.

SONUÇ

Gezeganimiz insan kaynaklı bir tehditle karşı karşıya. Küresel ısınmanın sonuçlarını her geçen gün daha fazla hissediyoruz. Doğayı kontrol etmeye çalışsak da günün sonunda “Doğa yasaları” galip gelmektedir. “Doğa yasaları”nı değiştirmemiz mümkün değildir. Bu gerçeklik ışığında yapılması gereken, hukuk düzenini buna uygun hale getirmektir. Fakat Stone’un belirttiği gibi doğayı yalnızca bir mülk olarak ele almak yerine, onun kendisi için değer olduğunu kabul ederek bunun yapılması gerekmektedir.

55 Rights of Nature in Practice. Lessons from an emerging global movement, Anima Mundi Law Initiative, March 2021, 6-7, <<https://www.animamundilaw.org/rights-of-nature-in-practice>> accessed 25 November 2023.

56 ibid 16-17.

Yasalar kendi zamanlarındaki gelişmelerin, taleplerin, kişilerin sesidirler. Günümüzde antroposentrik ve kapitalist ekonominin işleyişine uygun hukuk düzenlerinden; ekosentrik bakış açısına sahip, sürekli artan tüketime dayalı ekonomik modeli terk eden, bireyci olmayan hukuk düzenlerine geçiş söz konusudur. Bu hukuk düzeni ise hak kavramındaki dönüşümle ilişkilidir, dolayısıyla hak sahipliğinin kapsamı yeniden ele alınmaktadır.

Elbette, hak sahipliği ve bu çerçevede yaratılan koruma mekanizmaları çeşitli eleştirilerle karşı karşıyadırlar. Söz konusu eleştirileri dikkate alınarak çalışmalar yapılması, hakkın işlerliği açısından önemlidir. Neticede doğanın da hak sahibi olduğu, dünya çapında çeşitli hukuk sistemlerine entegre edilen, gelişen, yeni ortaya konulan bir husustur. Önümüzdeki yıllarda bu konunun çok daha sık gündeme geleceği ise açıktır.

KAYNAKÇA

- Acosta A and Abarca MM, 'Buen Vivir: An Alternative Perspective from the Peoples of the Global South to the Crisis of Capitalist Modernity' In *Climate Crisis, The: South African and Global Democratic EcoSocialist Alternatives*, Satgar V (ed) (Wits University Press 2018) 131-147.
- Aristoteles, *Politika*, Furkan Akdemir (çev), İstanbul (Say Yayınları 2013).
- Berry T, "The Origin, Differentiation and Role of Rights", <<https://www.ties-edu.org/wp-content/uploads/2018/09/Thomas-Berry-rights.pdf>> accessed 19 May 2024.
- Boyd DR, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*, ebook, (ECW Press 2017).
- Brennan A and Lo, NYS, "Environmental Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed), <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/ethics-environmental/>> accessed 7 November 2023.
- Cevzici, A, *Uygulamalı Etik*, 2. Baskı, İstanbul (Say Yayınları 2016).
- Cullinan C, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, 2nd edition, UK (Chelsea Green Publishing 2011).
- Çoban, A, *Çevre Politikası: Ekolojik Sorunlar ve Kuram*, Ankara (İmge Kitabevi Yayınları 2020).
- Ekuador Anayasası, <https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf> accessed 1 Ocuber 2023.
- Kant I, *Lectures on Ethics*, Trans. Peter Heath, Peter Heath and J.B. Schneewind, (eds), USA (Cambridge University Press 1997).
- Kauffman, CM and Martin PL, 'How Courts Are Developing River Rights Jurisprudence: Comparing Guardianship in New Zealand, Colombia and India', (2019) 20(3) *Vermont Journal of Environmental Law* 260-289.
- Kersten J, "Who Needs Rights of Nature?", *Can Nature Have Rights? Legal and Political Insights*, in Anna Leah Tabios Hillebrecht and María Valeria Berros, (2017)6, *RCC Perspectives: Transformations in Environment and Society*, 9-13, <https://www.environmentandsociety.org/sites/default/files/2017_i6_final_hw.pdf> accessed 15 October 2023.
- O'Donnell E, 'At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India', (2018) 30 (1) *Journal of Environmental Law* 135-144, <https://www.researchgate.net/publication/322592691_At_the_intersection_of_the_sacred_and_the_legal_rights_for_nature_in_Uttarakhand_India> accessed 7 November 2024.

- Stone CD, 'Should Trees Have Standing? — Toward Legal Rights for Natural Objects', (1972) 45 Southern California Law Review 450-501.
- Şirin T, "Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları", II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, <https://www.academia.edu/21718107/GELECEK_KU%C5%9EAKLARDA_N_DO%C4%9EANIN_HAKLARINA_BOL%C4%B0VYA_VE_EKVADOR_ANAYASALARI> Erişim Tarihi 2 Aralık 2023.
- Wood S, 'Rights of Nature: Who Holds Them?', (2023) Centre for Law and the Environment (9), <<https://commons.allard.ubc.ca/cle/9>> accessed 1 December 2023.
- Rights of Nature in Practice. Lessons from an emerging global movement, Anima Mundi Law Initiative, March 2021, <<https://www.animamundilaw.org/rights-of-nature-in-practice>> accessed 25 November 2023.
- <https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf> accessed 1 October 2023.
- <<https://www.garn.org/rights-of-nature-timeline/>> accessed 1 December 2023.
- Ley de Derechos de la Madre Tierra, <<http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B020071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>> accessed 1 October 2023.
- Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien, <<https://mineria.gob.bo/juridica/20121015-11-39-39.pdf>> accessed 1 October 2023.
- Nash RF, *The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics*, Wisconsin, (The University of Wisconsin Press 1989).
- Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972), <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep405/usrep405727/usrep405727.pdf>> accessed 1 October 2023.
- Te Urewera Act, <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html#DLM6183601>> accessed 1 October 2023.
- Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act, <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html#DLM683146>> accessed 1 October 2023.

Eşya Müsaderesinin Olumsuz Koşulu: Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması

Negative Condition of Confiscation of Property: That the Goods Does Not Belong to Good Faith Third Person

Abdulkali GİYİK* 

ÖZ

Eşya müsaderesi, normal koşullarda fail ve şeriklerin eşyalarına yönelik olarak uygulanabilen bir ceza hukuku yaptırımıdır. Ancak kanun koyucu, TCK m. 54'te iyiniyetli olmayan üçüncü kişilerin eşyalarının müsadere edilebileceğini belirterek bu kurala önemli bir istisna getirmiştir. Çalışmada, eşya müsaderesinin olumsuz nitelikteki bu koşulu, öğretilerdeki görüşlerden ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarından hareketle incelemeye tabi tutulmuştur. Bu kapsamda; eşya müsaderesinin hukuki niteliği ortaya konulmuş, inceleme konumuzu teşkil eden şarta Kanun'da yer verilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılmış, TCK m. 54/1'in formülasyonuna ilişkin çeşitli eleştirilere yer verilmiş ve son olarak iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak biçimindeki şartın içeriğine ilişkin hususlarda ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Bahsi geçen koşulla ilgili tartışma yapılırken, ceza hukukuna hâkim olan ilkeler de göz önünde bulundurulmuş ve Kanun'da bu şarta yer verilmesinin doğurduğu teorik problemler hakkında çeşitli çözüm önerileri dile getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eşya müsaderesi, Güvenlik Tedbiri, İyiniyet, Orantılılık İlkesi, Kanunilik İlkesi.

ABSTRACT

Confiscation of property is a criminal law sanction that can be applied to the belonging of the perpetrator and accomplices under normal circumstances. However, the legislator, in Article 54 of the Turkish Penal Code (TPC), has introduced a significant exception to this rule by stating that the belongings of third parties who are not acting in good faith can also be subject to confiscations. In this study, this negative condition of confiscation of property is examined based on the scholarly views and the decisions of the Court of Cassation. Within this scope, the legal nature of the confiscation of property is clarified, the necessity of including the condition in question in the law is discussed, various criticisms regarding the formulation of Article 54 of the TPC are presented, and finally, detailed explanations are provided regarding the content of the condition of not belonging to third parties in good faith. While discussing the mentioned condition, the fundamental principles of criminal law are taken into account, and various proposed solutions are put forward concerning the theoretical problems arising from the inclusion of this condition in the law.

Keywords: Confiscation of Property, Security Measure, Good Faith, Principal of Proportionality, Principal of Legality.

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/Malatya, abdulbaki.giyik@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7929-9962.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Abdulkali GİYİK

E-posta/E-mail: abdulbaki.giyik@inonu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 28.05.2024

GİRİŞ

Ceza hukuku, insanları normlardan etkilenebilen birer akıl sahibi/rasyonel varlık (*vernunftbegabtes Wesen*) olarak kabul ettiğinden, suç teşkil eden davranışlar, ihlalde bulunan kişiye isnat edilebildikleri takdirde “ceza”landırılmaktadır¹. İşlenen suçun faili isnadı ise kişinin kusur yeteneğine sahip olması durumunda mümkündür². Zira cezalar, hukuka aykırılığa ek olarak kusurun varlığını (*Schuldprinzip/kusur prensibi*)³ ve dolayısıyla eylemin faili kişisel olarak da isnat edilebilir olmasını gerektirmektedir⁴. Bu durum, yürürlükteki ceza hukukunun, kusur ceza hukuku olmasının⁵ bir neticesidir.

Ceza yaptırımını, failin özgürlüğü ile başta mülkiyet olmak üzere çeşitli haklarına yönelik müdahalenin yanı sıra sosyo-etik (*sozialethisch*) bir kınamayı da beraberinde getirdiğinden, kaynağını anayasadan alan kusur prensibi⁶ vazgeçilmez bir ilke niteliğindedir⁷. Bununla birlikte, kusur yeteneğine sahip olmayan bireylerin cezalandırılmaması neticesini doğuran kusursuz ceza olmaz ilkesi⁸ (*Ohne Schuld keine Strafe*⁹), bazı olaylarda ceza hukukunun önleme fonksiyonunu yerine getirmesi bakımından yetersiz kalabilmekte¹⁰; bir diğer ifadeyle ceza hukukunun koruma fonksiyonu, ödetici niteliğe sahip ceza yaptırımını ile her zaman karşılanamamaktadır¹¹. Zira kusur yeteneğine sahip olmayan bireylerin cezalandırılmaması, ne bu kişilerin gerçekleştirdikleri eylemlerin suç olduğu gerçeğini değiştirmekte^{12,13} ne de toplumu bu bireylerde bulunan tehlikelerden koruyabilmektedir. Bu

1 Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Springer 2005) 547.

2 Burcu Demren Dönmez, *Ceza Hukukunda Alternatif Kusur Şekilleri* (1. Baskı, İleri 2012) 56, 57. Kusur yeteneğinin anlamı ve içeriği ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Zeynel T. Kangal, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu* (1. Baskı, Seçkin 2003) 129 vd.

3 Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Franz Vahlen 2017) 371.

4 Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (2. Baskı, Seçkin 2020) 34.

5 Günümüz ceza hukukunun, kusur ceza hukuku olduğu yönündeki bilgi için bkz. Marcus Marlie, ‘Schuldstrafrecht und Willensfreiheit – Ein Überblick’ (2008) (1) ZJS 41, 41.

6 Jürgen Adam, Karsten Schmidt und Jörg Schumacher, ‘Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip’ (2017) (1) NSTZ 1, 7. Esasen kusur prensibi Anayasada açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa m. 38 hükmünün gerekçesinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibinin, kusur ilkesinin bir sonucu olduğu belirtilerek kusur ilkesine dolaylı bir atıfta bulunulmuştur. Nitekim doktrinde de Anayasadaki hukuk devleti ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerinin dolaylı olarak; TCK m. 23, m. 25/2, m. 30, m. 31, m. 32 ve m. 61/1’in ise doğrudan kusur ilkesi ile bağlantılı olduğuna işaret edilmektedir. Bu açıklamalar için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler-TCK m. 1-75* (4. Bası, Beta 2015) 46; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2023) 54-55; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Seçkin 2023) 84.

7 Kühl (n. 3) 371-372.

8 Koca ve Üzülmüş (n. 6) 54.

9 “*Ohne Schuld keine Strafe*” biçimindeki cümlenin, modern ceza adaleti bilincinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu hususunda bkz. Edmund Mezger, *Strafrecht* (Zweite Auflage, Verlag von Duncker&Humblot 1933) 259.

10 Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri* (1. Baskı, Adil 1997) 1; Ahmet Hulusi Akkaş, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)* (1. Baskı, Adalet 2021) 15-16.

11 Mehmet Gödekli, *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü* (1. Baskı, Adalet 2020) 131.

12 Bu noktada, öğretide kusuru suçun bir unsuru olarak kabul eden yazarların da bulunduğu (örnek için bkz. Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (23. Baskı, Seçkin 2023) 370 vd.) ve bu görüşü savunan müelliflere göre kusur yeteneğine sahip olmayan bireyler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin suç olarak nitelendirilemeyeceği de özellikle ifade edilmelidir.

13 Kusur -en azından modern ceza hukuku öğretisinde- suçun bir unsuru olarak kabul edilmediğinden, fiili gerçekleştiren

nedenle modern kanunların birçoğunda -ceza yaptırımına ek olarak- kusur yeteneğine sahip olmayan kişilere uygulanabilen güvenlik tedbirlerine de yer verilmekte ve böylece bahsi geçen sakınca bertaraf edilmeye çalışılmaktadır¹⁴. Bu açıdan, güvenlik tedbirlerinin bir zaruret eseri olarak ortaya çıktıkları¹⁵ ve kusura bağlı olmayan¹⁶ birer tepki aracı¹⁷ hüviyetine bürünerek birçok hukuk sisteminde kendilerine yer buldukları söylenebilir¹⁸. Ceza ve güvenlik tedbirlerine birlikte¹⁹ yer vermeleri nedeniyle “iki izli/şeritli yaptırım sistemi” olarak nitelendirilen bu hukuk düzenlerinde²⁰, yalnızca kusur yeteneğine sahip kişilere uygulanabilen ceza yaptırımına, aynı zamanda önleyici görevler yüklenmesinden imtina edilmiş olmaktadır²¹.

Ceza yaptırımından farklı olarak misilleme niteliğine sahip olmayan güvenlik tedbirleri²², tehlikelilik esasından hareketle uygulanmaktadır²³. Bu açıdan cezanın meşruiyetini/temelini kusurdan, güvenlik tedbirlerinin ise tehlikeden aldıkları söylenebilir²⁴. Bahsi geçen tehlikelilik koşulu, bazen

- kişinin kusur yeteneğine sahip olmaması, failin eyleminin suç teşkil edici vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Yine cezanın kusuru gerektirmesi, ceza ile kusurun müeyyidelenildiği anlamına gelmemektedir. Ceza uygulanması suretiyle yaptırım altına alınan kusur değil, haksızlıktır. Kusursuz ceza olmaz ilkesinin -bu açıdan- eylemin hukuki nitelendirilmesinden ziyade failin cezalandırılabilirliği üzerinde sonuç doğurduğu söylenebilir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Seçkin 2023) 234; Meraklı (n. 4) 45 vd.
- 14 Güvenlik tedbirlerinin geleneksel cezaların uygulanma imkânı bulamadığı veya bu yaptırımların yeni suçların işlenmesine engel olmada yetersiz kaldığı durumlarda, ceza sistemini tamamlayıcı fonksiyon üstlendiği hususunda bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (23. Baskı, Savaş 2016) 460.
- 15 Mehmet Emin Artuk, ‘Güvenlik Tedbirleri’ (2008) XII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 461, 462.
- 16 Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (60. Auflage, C.H. Beck 2013) 546.
- 17 Her ne kadar yukarıda güvenlik tedbirlerinin ihlaller karşısında uygulanan birer tepki aracı olduğu ifade edilse de *Hafizoğulları ve Özen*, TCK’daki bazı hükümlerin gerekçelerinden yola çıkarak kanun koyucunun güvenlik tedbirlerini ihlal “karşısında” uygulanan birer tepki olarak değil, ihlal “vesilesiyle” uygulanan birer yaptırım olarak kabul ettiğini ve fakat mahiyeti itibarıyla ihlale tepki niteliğine sahip olan belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma yaptırımının güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmesinin, yasa koyucu açısından çelişki teşkil ettiğini ifade etmektedir. Konu hakkında bkz. Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, US-A 2012) 491.
- 18 Güvenlik tedbirlerinin kusura bağlı olarak uygulanmaları, bu önlemlerin kusurlu kişilere tatbik edilemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Bir başka ifadeyle kusurun güvenlik tedbirleri bakımından bir şart olarak kabul edilmemesi, kusurlu kişilere tedbir uygulanamayacağı biçiminde yorumlanmamalıdır. Aksine, kusur cezanın; tehlikelilik ise güvenlik tedbirlerinin ön koşulu olarak birbiriyle örtüşen iki daire içinde karşılıklı ilişki hâlinde bulunur. Böylece ceza ve güvenlik tedbirleri, birer yasal sonuç olarak kendi başlarına veya birlikte de ortaya çıkabilir. Bahsi geçen açıklamalar için bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Band I* (4. Auflage, C.H. Beck 2006) 2.
- 19 Hemen belirtmek gerekir ki kanunda ceza ve güvenlik tedbirlerine aynı anda yer verilmesi, suç işleyen faille her durumda bu iki yaptırım türünün de uygulanabileceği anlamına gelmemektedir. Suç işleyen faille her iki izde ve dolayısıyla aynı anda tepki verilebilmesi, failin kusurlu olması ve ayrıca kusurlu faille karşı kullanılacak bir tedbirin ön koşullarının da sağlanması durumunda mümkündür. Bu açıklamalar için bkz. Eberhard Schmidhäuser, *Einführung in das Strafrecht* (2. Auflage, Westdeutscher 1984), 258-259.
- 20 Winfried Hassemer und Ulfrid Neumann, “Das Strafgesetz” in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann und Hans-Ulrich Paefgen *Strafgesetzbuch* (Hrsg.), *Nomos Kommentar (NK-StGB)* (3. Auflage, Nomos 2010) 139.
- 21 Gödekli, (n. 11) 152.
- 22 Ceza yasasının, adını aldığı ceza yaptırımını yanında misilleme niteliğinde olmayan güvenlik tedbirlerine de yer verdiği hususunda bkz. Schmidhäuser (n. 19) 257.
- 23 M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022) 990; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku* (25. Baskı, Adalet 2021) 630 ve 890; Zafer (n. 6) 567; Nuhoğlu (n. 10) 1.
- 24 Günter Stratenwerth und Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat* (6. Auflage, Franz Vahlen 2011) 19-20; Öztürk ve Erdem (n. 12) 55-56; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019) 895; Hakeri (n. 23) 630.

suçu işleyen failden bazen ise suçla bağlantılı eşyadan kaynaklanmakta ve dolayısıyla güvenlik tedbirleri fail veya eşyaya yönelik olarak uygulanabilmektedir²⁵. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da güvenlik tedbirlerinin sahip olduğu bu özellikler dikkate alınarak fail ve suçla bağlantılı eşyalar hakkında uygulanabilen yaptırımlara²⁶ yer verilmiştir. Bu yaptırım türlerinden biri de TCK m. 54'te düzenlenen ve hukuki niteliği hakkında esaslı tartışmalar bulunan eşya müsaderesidir. Çalışmamızda, eşya müsaderesinin olumsuz şartlarından biri olan “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama” koşulu, öğretide yer alan görüşlerden hareketle incelenecek ve bahsi geçen yaptırımın düzenlendiği TCK m. 54 ile ilgili çeşitli eleştirilere yer verilecektir. Bu kapsamda önce iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşuluna yer verilmesinin gerekçeleri -müsadere yaptırımının hukuki niteliği ve amacıyla bağlantılı bir şekilde- tartışma konusu yapılacak, akabinde inceleme konumuzu oluşturan şartın içeriği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ancak bahsi geçen hususlarla ilgili ayrıntılı tartışmalara geçmeden önce çalışmamızın kapsamının sınırlandırılmasına yönelik olarak aşağıdaki açıklamalara yer verilmesinin zaruret arz ettiği kanaatindeyiz.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda iyiniyete yalnızca çalışmamızın konusu bakımından sonuç bağlanmamıştır. Kazanç müsaderesinin düzenlendiği TCK m. 55'in 3'üncü fıkrasında da eşyayı sonradan iktisap eden kişinin iyiniyetli olması durumunda müsadere kararı verilemeyeceği²⁷ belirtilmiştir. Yine eşya müsaderesine ilişkin TCK m. 54'ün 1. fıkrasının son cümlesinde de müsadere edilen eşya üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakların saklı tutulacağı düzenlenmiştir²⁸. Bu noktada, çalışmamızın konusunun TCK m. 54/1'in “ilk cümlesinde” yer verilen “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak” biçimindeki koşulla sınırlandırıldığı ve dolayısıyla iyiniyete ilişkin diğer hükümlere (TCK m. 54/1-son cümle ile TCK m. 55/3) zorunlu olmadıkça temas edilmeyeceği bilhassa ifade edilmelidir. Esasen çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde aktarılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bahsi geçen hükümlerde yer alan “iyiniyet” kavramı ile inceleme konumuzu oluşturan “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak” koşulunun içeriği arasında da esaslı farklılıklar bulunmaktadır²⁹.

25 Esasen failin tehlikeliliği ile toplum karşılığı (düşmanlığı) ve hatta bazı durumlarda belli bir tedavi ihtiyacı ile bağlantılı bulunan güvenlik tedbirlerinin, müsadere gibi istisnai durumlarda belli bir kişiye değil, cezalandırılabilir bir eylemle bağlantılı olan zararlı ve tehlikeli nesneye yönelik olduğu hususunda bkz. Ernst Hafer, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht – Allgemeiner Teil* (Verlag von Julius Springer 1926) 242.

26 Her ne kadar çalışmamızda güvenlik tedbirleri birer “yaptırım” türü olarak vasıflandırılmış ise de öğretide güvenlik tedbirlerinin idari tedbir, polis tedbir, ceبری tedbir ve yargısal tedbir niteliğine sahip olduğu biçiminde farklı fikirlerin savunulduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği ve bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. Hüseyin Acar, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu* (1. Baskı, Adalet 2019) 26-27; Gödeklî (n. 11) 216 vd.

27 Bilindiği üzere TCK m. 55/1 hükmünde, kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan şeylerin değerlendirilmesi ve dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların da müsadere edileceği düzenlenmiştir. TCK m. 55/3 hükmünün, bu açıdan, kazanç müsaderesi kurumunun işletilmesini tamamen engellediği söylenemez. Zira her ne kadar eşyayı sonradan iktisap eden kişinin iyiniyetli olması hâlinde kazanç müsaderesi yönünde karar verilemeyeceği bahsi geçen durumda TCK m. 55/1 hükmü de uygulama alanı bulacak ve dolayısıyla müsadere kararı verilememesi biçimindeki sonuç, yalnızca eşyayı sonradan -iyiniyetle- iktisap eden kişi bakımından geçerli olacaktır.

28 TCK m. 54/1 hükmünün son cümlesindeki düzenlemenin müsadere kararı verilmesine engel teşkil etmediği, bahsi geçen normun uygulanmasına ilişkin koşulların oluşması durumunda, eşyanın mülkiyetinin üçüncü kişilerin sınırlı ayni hakları ortadan kaldırılmaksızın devlete geçeceği hususunda bkz. Koca ve Üzülmöz (n. 6) 673.

29 TCK m. 55/3'te yer verilen “iyiniyet” teriminin, TCK m. 54/1'deki iyiniyet kavramından farklı olduğu hususunda bkz. Doğan Gedik, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere* (2. Baskı, Adalet 2016) 238.

I. TÜRK CEZA KANUNU'NDA İYİNİYETLİ ÜÇÜNCÜ KİŞİ[LER]E AİT OLMAMA KOŞULUNA YER VERİLMESİNİN 'MUHTEMEL' GEREKÇELERİ³⁰

A. GENEL OLARAK

İyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşulu ve bu koşulla ilgili tartışmalı hususların sağlıklı bir zeminde tartışılabilmesi, Kanun'da bahsi geçen şarta yer verilmiş olmasına ilişkin gerekçelerin ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır. İnceleme konumuzu teşkil eden şartın TCK m. 54/1'de ihdas edilmesinin sebeplerinin anlaşılabilmesi için ise eşya müsaderesinin “hukuki niteliğinin” ve “amacının” tespit edilmesi gerekmektedir. Zira belli bir kurumun uygulanabilmesi için gerekli olan koşullar ile bu koşulların varlık sebeplerinin, o kurumun hukuki niteliğinden ve amacından bağımsız bir biçimde yorumlanmaları mümkün değildir³¹. Örneğin, eşya müsaderesinin hukuki niteliği itibarıyla “ceza” olduğu kabul edildiğinde, müsadere konusunda karar verilirken “ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi” tartışmasız bir biçimde uygulama alanı bulabilecekken; eşya müsaderesine güvenlik tedbiri nazarıyla bakıldığında aynı sonuca tereddütsüz bir biçimde ulaşılamayacaktır³². Benzer şekilde, müsaderenin bir ceza olarak nitelendirilmesi hâlinde, kusurluluğu kaldıran sebeplerden birisinin mevcut olması, müsadere kararı verilmesini engelleyecekken; eşya müsaderesinin güvenlik tedbiri olduğu yönündeki kanaatten hareket edildiğinde, salt kişinin kusur yeteneğine sahip olmaması müsadere tedbirinin uygulanmasını önleyemeyecektir. Keza müsadere güvenlik tedbiri olarak addedildiğinde tüzel kişiler hakkında uygulanabilecekken; bahsi geçen yaptırımın ceza niteliğinde olduğu farz edildiğinde, tüzel kişiler bakımından tatbik edilmesi mümkün olmayacaktır³³.

30 Başlıkta yer verilen “muhtemel” ibaresi, inceleme konusu şartın ihdas sebeplerine ilişkin olarak başlık altında yapılan açıklamaların, yazar tarafından dile getirilen “sübjektif/tahmini” kanaatler olduğuna işaret etmektedir.

31 Nitekim öğretide de müsaderenin hukuki niteliğinin ortaya konulmasının, söz konusu yaptırımın uygulanmasına ilişkin koşulların belirlenmesi bakımından önem taşıdığı ifade edilmektedir. Bkz. Gökhan Taneri, *Müsadere* (1. Baskı, Bilge 2013) 16; Aysun Dalkılıç, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere* (1. Baskı, Seçkin 2013) 24; Şahin Altuğ, *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı* (1. Baskı, Adalet 2017) 28.

32 Önemle belirtmek gerekir ki burada yer verilen ifadeler, şahsilik ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından uygulanma kabiliyetine sahip olmadığı biçiminde yorumlanmamalıdır. Öğretide de haklı olarak vurgulandığı üzere ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, yalnızca cezalar bakımından değil, güvenlik tedbirleri ve hatta idari yaptırımlar ile disiplin cezaları bakımından da dikkate alınmalıdır. Yukarıdaki ifadelerle güvenlik tedbirlerinin suç işlemeyen kişilere de uygulanabileceği değil, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından tatbikinde tereddütlerle karşılaşabileceği vurgulanmaya çalışılmaktadır. Nitekim bahsi geçen ilkede yer alan “ceza” kelimesi, teknik ve dolayısıyla dar anlamıyla yorumlandığında, şahsilik ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından uygulama alanı bulamayacağı yönünde bir fikir ileri sürülebilir. Ancak doktrinde ileri sürülen ve bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesinde bulunan “ceza” kelimesinin “ceza hukuku” ibaresindeki “ceza” ifadesi ile paralel bir biçimde anlaşılması gerekir. Bilindiği üzere öğretide, “ceza hukuku” tabirindeki “ceza” kelimesinin, suç neticesinde uygulanabilecek yaptırımların hepsini içermekten uzak olduğu ve ceza hukuku deyiminin, “suç hukuku” veya “suç ve yaptırım hukuku” olarak adlandırılması/anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesindeki ceza kelimesi de bu şekilde anlaşıldığında, şahsilik ilkesinin güvenlik tedbirlerini de kapsamına aldığı sonucuna ulaşılacaktır. Yukarıda yer verilen açıklamalar ve daha fazlası için bkz. Veysel Candan Canoğlu, *Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi* (1. Baskı, Adalet 2022) 64 vd.; Hakeri (n. 23) 1.

33 Kemal Günler, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere’ (2014) XVIII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 849, 856.

Kuşkusuz, eşya müsaderesinin hukuki niteliği konusundaki ön kabul, diğer koşulların yanı sıra “iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmamak” şartının yorumlanması bakımından da dikkate alınmak zorundadır. Gerçekten, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması, eşya müsaderesinin koşulları arasında yer aldığına göre bu şartın eşya müsaderesinin hukuki niteliğinden müstakil bir biçimde değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmamızın bir sonraki başlığı altında, eşya müsaderesinin hukuki niteliği ile ilgili görüşlere yer verilecektir. Ancak çalışmamızın asıl konusuna yoğunlaşılabilmesi amacıyla söz konusu fikirlerin hepsi üzerinde ayrıntısıyla durulmayacak, bu görüşlerden yalnızca konumuzu ilgilendirenleri hakkında değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

B. EŞYA MÜSADERESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN DOKTRİNER GÖRÜŞLER

Eşya müsaderesine ilişkin düzenlemeye, 5237 sayılı TCK'nın 2. Kitabının “Yaptırımlar” isimli 3. Kısımının “Güvenlik Tedbirleri” başlıklı 2. Bölümü'nde yer alan TCK m. 54'te yer verilmiştir. Ancak TCK'nın 54. maddesinin güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer alması, müsaderenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaları bertaraf edici bir hüviyete sahip değildir³⁴. Nitekim öğretilerde eşya müsaderesinin *güvenlik tedbiri*, *ceza*, *ek ceza* ve *güvenlik tedbiri niteliği ağır basan cezai tedbir* olduğu yönünde fikirlerle karşılaşmaktadır³⁵.

1. Güvenlik Tedbiri Görüşü

Eşya müsaderesinin hukuki niteliğine yönelik olarak doktrinde ileri sürülen ilk görüşe göre söz konusu yaptırım bir güvenlik tedbiridir³⁶. Bu görüşü savunan yazarlardan *Taneri*; müsaderenin bölünememesi, başka bir yaptırım türüne çevrilememesi ve müsadere kararı verilebilmesi için failin kusurlu olmasının gerekmemesi gibi gerekçelerden hareket ederek bu yaptırım türünün bir güvenlik tedbiri olduğu sonucuna ulaşmaktadır³⁷. Türk doktrinindeki yazarların büyük çoğunluğunun da özellikle müsaderenin TCK'da düzenlendiği yeri ve TCK m. 54'ün gerekçesinde eşya müsaderesinin

34 Güneş Okuyucu Ergün, ‘Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi’ (2021) (153) TBB Dergisi 169, 173; Gödeklî (n. 11) 432. Yalnızca düzenlendiği yerin dikkate alınması suretiyle bir kurumun hukuki niteliğinin belirlenmesinin mümkün olmadığı hakkında ayrıca bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (1. Baskı, Beta 2017) 1257.

35 Günümüzün neredeyse bütün modern hukuk sistemlerinde tatbik alanı bulan müsaderenin hukuki niteliği üzerinde ittifak bulunmadığı hususunda bkz. Zekeriya Yılmaz, *Teori ve Uygulamada Müsadere* (2. Baskı, Seçkin 2003) 37; Akif Yıldırım ve Özgür Duman, ‘Adalet Yolunda Bir “Nehir Sınarı” Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu Ve Müsadere’ (2018) 67 (1) AÜHFD 145, 147.

36 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2023) 660; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi - 2. Cilt* (1. Baskı, Adalet 2021) 1908; Fatih Birtok, *Ceza Hukuku Genel Hükümler - Temel Bilgiler* (5. Baskı, Adalet 2017) 437; Tahir Hami Topaç, ‘Eşya Müsaderesi (TCK 54)’ (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 47, 48; İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanunu - 1. Cilt (Maddi 1-178)* (3. Baskı, Malkoç 2008) 440; Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi* (1. Baskı, Asil 2004) 219; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (1. Bası, Beta 2007) 88-89; Özgenç (n. 13) 990; Taneri (n. 31) 17; Acar (n. 26) 29-30; Gedik (n. 29) 102. *Gedik*, eşya müsaderesi ile kazanç müsaderesi ayrımı yapmaksızın müsaderenin “sürekli güvenlik tedbiri” niteliğinde bir yaptırım türü olduğunu ifade etmektedir.

37 Taneri (n. 31) 16.

bir güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğine yönelik açıklamaları³⁸ referans alarak aynı neticeye vardığı söylenebilir³⁹. Nitekim öğretilerde, inceleme konumuzu teşkil eden “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama” biçimindeki koşulun, eşya müsaderesinin güvenlik tedbiri niteliğine sahip bir yaptırım türü olmasıyla uyumlu bir şart hüviyetine sahip bulunduğu da ifade edilmektedir⁴⁰. Ancak kanaatimizce, “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama” koşulunun, eşya müsaderesinin güvenlik tedbiri biçiminde nitelendirilmesinin “tabii” bir sonucu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Esasen eşya müsaderesi bir “ceza” olarak kabul edildiğinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi devreye gireceğinden, Kanun’da “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama” şeklindeki koşula yer verilmeseydi dahi söz konusu yaptırımın fail ve şerik dışındaki kişilere uygulanamayacağı söylenebilecekti. Kanaatimizce iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama şartı -bu açıdan- güvenlik tedbirlerine kıyasla cezanın niteliğine daha uygun bir koşuldur. Kuşkusuz, salt iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulundan yola çıkılarak eşya müsaderesinin bir ceza olarak kabul edildiği neticesine ulaşılması da mümkün değildir.

2. Ceza Görüşü

Özellikle 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde ileri sürülen ve günümüzde de bazı yazarlar tarafından benimsenen bir başka kanaate göre müsadere, hukuki niteliği itibarıyla “ceza”dır⁴¹. Bu görüşü savunan yazarlar, müsaderenin işlenen bir suç nedeniyle faille yönelmesinden hareket ederek bahsi geçen yaptırım türünün ceza niteliğine sahip olduğu neticesine varmaktadır⁴². Yine önceki Kanun döneminde, 765 sayılı TCK m. 36’da *ceza niteliğindeki müsadere* ve *güvenlik tedbiri mahiyetindeki müsadere* biçiminde iki farklı müsadere türüne yer verildiği yönündeki görüşün serdedildiği de ifade edilmelidir⁴³. Bütün bunlara ilaveten 5237 sayılı TCK döneminde TCK m. 54/1’de “*iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama*” koşuluna yer verilmesinden yola çıkılarak müsaderenin “ceza”

38 TCK m. 54’ün gerekçesinde “Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsaderenin hukuki niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir” biçimindeki ifadelerle yer verilerek bahsi geçen yaptırımın bir güvenlik tedbiri olarak ihdas edildiği vurgulanmıştır.

39 Müsadereyi güvenlik tedbiri olarak nitelendiren diğer yazarlar için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (9. Bası, Beta 2016) 726; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2023) 677; Doğan Soyaşlan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin 2014), 615; Dülger (n. 6) 1022; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu - 1. Cilt* (3. Baskı, Seçkin 2010) 902; Erdal Yerdelen, *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi* (1. Baskı, Adalet 2010) 15; Mualla Buket Soygüt, ‘5237 Sayılı TCK’nun Güvenlik Tedbirleri Bakımından Getirmiş Olduğu Yeni Hükümlere Genel Bakış’ (2006) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175, 185; Hakeri (n. 23) 641; Hafizoğulları ve Özen (n. 17) 500; Akbulut (n. 24) 895; Dalkılıç (n. 31) 27; Altuğ (n. 31) 35-36. Müsadereyi güvenlik tedbirleri arasında inceleyen bu yazarlardan *Demirbaş*, müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinin hatalı olduğunu da özellikle vurgulamaktadır. Yazara göre her ne kadar TCK m. 54/4’teki düzenleme güvenlik tedbirleri kapsamında değerlendirilebilir de eşya müsaderesine ilişkin TCK m. 54/1 ve TCK m. 54/2 hükümleri ile kazanç müsaderesine ilişkin TCK m. 55 hükmünde güvenlik tedbirlerine değil, ceza niteliğindeki yaptırımlara yer verilmiştir.

40 Taneri (n. 31) 64.

41 Esasen 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde dahi müsaderenin hukuki niteliği ile ilgili olarak öğretilerde bir ittifakın bulunduğu söylemek mümkün değildi. Bu dönemde müsaderenin hukuki niteliği ile ilgili tartışmaların odak noktasını ise söz konusu Yasa’nın 11. maddesinde, müsaderenin açık bir biçimde ceza olarak nitelendirilmemesi oluşturmaktaydı. Bu açıklamalar için bkz. Abdulkadir Certel, *Müsadere* (1. Baskı, Seçkin 2008) 20-21.

42 Öztürk ve Erdem (n. 12) 593.

43 Demirbaş (n. 39) 677.

niteliğine sahip olduğunun savunulduğu da özellikle belirtilmelidir⁴⁴. Bununla birlikte müsadereyi ceza olarak nitelendiren görüşün, kimi durumlarda fail ve failin gerçekleştirdiği fiilden bağımsız olarak müsadereye başvurulabileceği (bkz. TCK m. 54/1-c.2) yönündeki gerçeği görmezden gelmesi nedeniyle eleştirildiği de vurgulanmalıdır⁴⁵.

3. Ek Ceza Görüşü

Eşya müsaderesinin hukuki niteliğine ilişkin bir diğer görüş, güvenlik tedbirleri arasında düzenlenen müsaderenin esasında ceza mahkûmiyetine bağlı olarak ortaya çıkan “ek bir ceza” niteliğine sahip olduğunu belirtmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre müsadere kararı verilmesinde “failin” tehlikeliliği herhangi bir rol üstlenmediğinden, eşya müsaderesinin güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesine imkân bulunmamaktadır⁴⁶. Nitekim TCK m. 54/4’ün uygulandığı durumlarda, herhangi bir faile ulaşılamaması ve dolayısıyla kimsenin cezalandırılmaması hâlinde de müsadere tedbiri uygulanabilmektedir⁴⁷.

4. Güvenlik Tedbiri Niteliği Ağır Basan Cezai Tedbir Görüşü ve Kanaatimiz

Doktrinde de işaret edildiği üzere müsaderenin asıl amacı, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının kamuya geçirilmesini temin etmek değil⁴⁸; suç fikrini canlı tutan eşyanın fail veya şerikin elinde bulunması sonucu ortaya çıkan yeni suçların işlenmesi tehlikesini önlemektir⁴⁹. Müsaderenin uygulandığı durumlarda, eşyada bulunan tehlikelilik, bu eşyanın yeni suçların işlenmesi bakımından yarattığı tahrik nedeniyle eşyadan faile geçmektedir⁵⁰. Nitekim TCK m. 54/1 hükmünün ikinci cümlesinde kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olan eşyanın herhangi bir suçun işlenmesinde kullanılmaması durumunda dahi müsadere edilebileceğinin belirtilmesi, tehlikeyi önlemenin eşya müsaderesinin öncelikli amacı olduğuna işaret etmektedir⁵¹. Bu açıdan müsaderenin tehlikelilik koşulundan bağımsız bir biçimde uygulandığını söylemek mümkün değildir.

44 Mualla Buket Soygüt Arslan, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere’ (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2014) 95.

45 Dalkılıç (n. 31) 25.

46 Öztürk ve Erdem (n. 12) 593.

47 Yerdelen (n. 39) 58.

48 Taner Emre Yardımcı, ‘Müsadere Kararı Bakımından Cebri İcra İşlemleri’ (2019) 9 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 364, 370.

49 Gedik (n. 29) 103.

50 Devrim Güngör ve Haluk Toroslu, ‘Müsadere Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme’ (2016) 65 (4) AÜHFD 1967, 1969. Müsaderede süjenin, yani failin tehlikeliliğinden ziyade eşyanın tehlikeliliğinin esas alındığı yönündeki açıklama için ise bkz. Okuyucu Ergün (n. 34) 170.

51 Doktrinde müsaderenin önlemek istediği tehlikenin niteliği ile ilgili görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bir görüşe göre eşya müsaderesinin uygulanabilmesi için failin sosyal açıdan tehlike arz etmesi şart değilken; yukarıda da işaret edilen diğer görüşe göre eşya müsaderesinin uygulandığı durumlarda tehlike bizzat eşyadan değil, eşyanın failin elinde kalmasından, bir başka ifadeyle eşyanın failin elinde kalmasının suç işleme fikrini canlı tutmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim eşya müsaderesiyle bağlantılı olarak atf yapılan tehlikelilik, öğretilde “objektif tehlikelilik” ve “sübjektif tehlikelilik” olmak üzere ikili ayrıma da tabi tutulmaktadır. Keza doktrinde ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki farklara vurgu yapmak amacıyla “akut” ve “kronik” tehlikelilik ayrımına da yer verilmektedir. Bu görüşler için bkz. Öykü Didem Aydın, ‘Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere’ (1993) 43 (1-4) AÜHFD 143, 146; Gödeklî (n. 11) 439; Gedik (n. 29) 103; Nuhoglu (n. 10) 104 vd.

Bu nedenle eşya müsaderesinin mahkûmiyete bağlı ek bir “ceza” biçiminde nitelendirilmesinin, söz konusu kavramın hukuki niteliğini tam olarak yansıtmadığı kanaatindeyiz. Ancak, salt yeni suçların işlenme tehlikesini önleme amacından hareket edilerek müsaderenin güvenlik tedbirleriyle bağdaşmayan herhangi bir yönünün bulunmadığı gibi bir neticeye ulaşılmamasına da imkân yoktur. Zira eşya müsaderesinin iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından uygulanmaması, bahsi geçen kurumu ceza yaptırımına da yaklaştırmaktadır⁵². Keza TCK m. 54/2’de, müsadere konusu eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir şekilde imkânsız kılınması durumunda, bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere edileceğinin düzenlenmesi de eşya müsaderesinin cezaya benzeyen diğer yönlerine işaret etmektedir^{53,54}. Bütün bu gerekçelerden anlaşılacağı üzere eşya müsaderesi, bünyesinde ceza ve güvenlik tedbirlerine ilişkin özellikleri bir arada barındıran bir kuruma işaret etmektedir. Bu nedenle biz de eşya müsaderesinin “*güvenlik tedbiri niteliği ağır basan bir cezai tedbir*” olduğu yönündeki düşünceye⁵⁵ iştirak etmekteyiz. Nitekim Alman Ceza Kanunu’nda da müsadere, ceza ve güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği fasıllarda değil; müstakil bir başlık altında düzenlenmiştir^{56,57}.

Eşya müsaderesinin hukuki niteliği ve amacıyla bağlantılı bir biçimde değerlendirme yapıldığında, TCK m. 54/1’de iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşuluna aşağıdaki gerekçelerle yer verildiği söylenebilir:

(i) Yukarıda da ifade edildiği üzere eşya müsaderesi, suç fikrini canlı tutan eşyanın failde bulunması sonucu ortaya çıkan yeni suçların işlenmesi tehlikesini önlemek amacıyla tatbik edilmektedir⁵⁸. Bu açıdan, müsaderenin uygulandığı durumlarda önlenmek istenen asıl tehlikenin, eşyanın bizatihi kendisinden kaynaklanan objektif tehlikelilik değil⁵⁹, müsadere konusu şeyin failin elinde bulunmasının doğurduğu subjektif tehlikelilik olduğu söylenebilir⁶⁰. Eşya müsaderesinin konusunu oluşturan şeyin iyiniyetli üçüncü kişilere ait olduğu durumlarda ise ne eşyadan ne de eşyanın sahibinden kaynaklanan bir tehlike

52 Gödekli (n. 11) 438.

53 Gedik (n. 29) 31.

54 Suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın ortadan kaldırıldığı durumlarda, ‘eşyadan’ kaynaklanan tehlikenin devam ettiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin fail A, B’yi yaralarken kullandığı tabancayı ortada delil bırakmamak için paramparça ettiğinde, söz konusu silah artık yeni suçların işlenmesinde kullanılamayacak ve dolayısıyla silahtan kaynaklanan herhangi bir tehlikeden bahsedilemeyecektir. Buna rağmen -TCK m. 54/2 gereği- tabancanın değeri kadar para tutarının müsadere edilmesi, müsaderenin salt güvenlik tedbiri olarak tasarlanmadığına işaret etmektedir.

55 Gödekli (n. 11) 440.

56 Alman Ceza Kanunu’nda (Strafgesetzbuch-StGB) cezalar, güvenlik tedbirleri ve müsadere, suçun hukuki sonuçları (*Rechtsfolgen der Tat*) başlıklı üçüncü bölümün farklı fasıllarında düzenlenmiştir. Buna göre cezalar, bahsi geçen üçüncü bölümün birinci faslında (§ 38 vd.); güvenlik tedbirleri aynı bölümün altıncı faslında (§ 61 vd.), müsadere ise güvenlik tedbirlerinden ayrı bir başlık altında ve yedinci faslında (§ 73 vd.) düzenlenmiştir.

57 5237 sayılı TCK’nın müsadereyi güvenlik tedbirleri altında düzenlenmesinin hatalı olduğu, müsaderenin ayrı bir başlık altında düzenlenerek hukuki niteliğinin belirlenmesinin doktrin ve yargısal içtihatlarla bırakmanın daha makul olabileceği hakkında ayrıca bkz. Gedik (n. 29) 29-30.

58 Gedik (n. 29) 103.

59 Bununla birlikte TCK m. 54/1’in ikinci cümlesi ile TCK m. 54/4 hükmünün uygulama alanı bulduğu olaylarda, müsadere tedbirine bizzat eşyadan kaynaklanan tehlike nedeniyle başvurulduğu da özellikle belirtilmelidir.

60 Aydın (n. 51) 146.

bulunmamaktadır. Eşyanın kendisinden ve sahibinden kaynaklanan herhangi bir tehlike bulunmamasına rağmen müsadere kararı verilmesi, müsadere tatbikiyle ulaşılmak istenen yeni suçların işlenmesi tehlikesini önleme biçimindeki gayeye katkı sağlamayacaktır. Hâlbuki cezanın (ve dolayısıyla yaptırımların) tatbiki, devletin yalnızca yasal çıkarları korumaya yönelik önleyici görevi ile meşrulaştırılabilir⁶¹. Bu noktada, “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama” koşulunun kanuni bir şart hâline getirilmesinin sebeplerinden ilki olarak “tedbirin amacı dışında tatbikinin önlenmesi” hususuna işaret edilebilir.

(ii) İyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait eşyaların müsadere edilmesi, müsadere failine ait eşyalar üzerinde değil; masum kişilere ait eşyalar üzerinde sonuç doğurması anlamına gelecektir. Bir başka ifadeyle suç teşkil eden bir fiili işlemediği ve bu nitelikteki bir eyleme iştirak de etmediği hâlde eşyası müsadere edilen kişi, “başkasının fiilinden” sorumlu tutulmuş olunacak ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı neticelerle karşılaşılacaktır^{62, 63}. Bahsi geçen neticeler ise mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen Anayasa m. 35/2 hükmüyle ceza sorumluluğunun şahsi olduğuna işaret eden Anayasa m. 38/7 hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

(iii) İyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyalar hakkında müsadere tedbirinin uygulanması, müsadere failine hukuki niteliği ve kurumun uygulanması için aranan manevi unsur ile de bağdaşmayacaktır. Müsadere ister bir güvenlik tedbiri ister bir ceza ister bünyesinde ceza ve güvenlik tedbirlerine ilişkin özellikleri birlikte barındıran bir kurum olarak kabul edilsin, sadece eylemi suç teşkil eden kişiler bakımından uygulanabilir⁶⁴. Nitekim TCK m. 54’ün gerekçesinde de belirtildiği üzere müsadere tedbirinin uygulanabilmesi için kişinin cezalandırılması gerekmeseydi fail tarafından gerçekleştirilen eylemin suç teşkil etmesi ve suç niteliğindeki bu eylemin o kişi tarafından gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi gerekir. Eylemi suç oluşturmayan kişilere ait eşyaların müsadere edilmesi, objektif sorumluluğu dahi aşan neticeler doğuracaktır. Taksirli suçlarda kullanılan eşyaların bile müsadere edilmesine izin verilmeyen⁶⁵ bir hukuk düzeninde, eylemi suç oluşturmayan kişilere ait eşyaların da evleviyetle müsadere edilmemesi gerekir.

(iv) Fail ve şerik dışındaki kişilere ait eşyaların müsadere edilmesi, bazı durumlarda mağdura ait eşyaların da müsadere işlemine tabi tutulması sonucunu doğurabilecektir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıdaki örneğin faydalı olabileceği kanaatindeyiz: B ile tartışan A, çok sinirlenir ve B’ye ait telefonu masanın üzerinden alıp B’nin kafasına hızlıca

61 Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Springer 2008) 1.

62 Başkasının fiilinden sorumluluk meselesi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Canoğlu (n. 32) 29.

63 Bu noktada, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin yalnızca cezalar bakımından değil, diğer ceza hukuku yaptırımları açısından da uygulama alanı bulduğu tekrar en ifade edilmelidir. Konu hakkında bkz. 32 numaralı dn.

64 Hakeri (n. 23) 641.

65 Kasıtlı suçlardan farklı olarak taksirli suçlarda eşya müsadere edilmesinin uygulanamayacağı hakkında bkz. Necati Meran, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu* (2. Baskı, Seçkin 2007) 279; Certel (n. 41) 26; Dalkılıç (n. 31) 60.

vrur. B, aldığı darbenin etkisiyle beyin kanaması geçirir. Eğer iyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyaların müsadere edilmesine izin verilseydi, yukarıdaki örnekte mağdur B'ye ait telefonun müsaderesine karar verilmesi gerekcekti ki böyle bir durumda ceza ve güvenlik tedbirleri bakımından uygulama alanı bulan kanunilik ilkesi işlevsiz kalacaktır⁶⁶. Zira verilen örnek bakımından B'nin suç teşkil eden herhangi bir eylemi bulunmamaktadır. Bu tür olaylarda müsadere kararı verilmesi, müsaderenin bir ceza hukuku yaptırımını olması biçimindeki niteliği ile bağdaşmayacaktır. Aksi yöndeki kabulün, failleri suçun işlenmesinde mağdura ait eşyaları kullanmak bakımından teşvik edeceği de söylenebilecektir.

II. TÜRK CEZA KANUNU'NDA İYİNİYETLİ ÜÇÜNCÜ KİŞİ[LER]E AİT OLMAMA KOŞULUNA YER VERİLMESİNE GEREK OLUP OLMADIĞININ TARTIŞILMASI

İyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşulunun ihdas gerekçelerine ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar, Kanun'da bahsi geçen şartta yer verilmesinin zaruret arz ettiği veya bu şartın Kanun'da bulunmasının tümünden olumlu neticeler doğurduğu biçiminde yorumlanmamalıdır. Kanun koyucuyu söz konusu şartı düzenlemeye sevk ettiğini düşündüğümüz nedenlere ilişkin birer "sübjektif" yorumdan ibaret olan bu gerekçeler, inceleme konumuzu teşkil eden şartı, salt ihdas vesilesiyle uygulanabilme imkânı kazanan normatif bir koşul niteliğine büründürmemektedir. Bir başka ifadeyle Kanun'da iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşuluna yer verilmeseydi dahi ceza hukukuna hâkim olan ilkelerden hareket etmek suretiyle fail ve şerik dışındaki kişilerin eşyalarının müsadere edilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecekti. Tam bu noktada, iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşuluna Kanun'da açık bir biçimde yer verilmesine gerek olup olmadığının da ayrıca tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu tartışmayı açmaktaki gayemiz, şu soruya ikna edici bir cevap bulabilmektir: Faile/şerike ait olup suçla bağlantılı hâle getirilen eşyaların -istisnai hâller dışında- müsadere edileceği⁶⁷ hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığına ve suça iştirak etmeyen kişiler bakımından normal koşullarda herhangi bir ceza hukuku yaptırımına başvurulamayacağına göre iyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyaların müsadere edilemeyeceğinin ayrıca ve açıkça düzenlenmesinin sebebi nedir? Daha açık olarak ifade etmek gerekirse böyle bir düzenleme yapmaya gerek var mıydı⁶⁸?

66 Her ne kadar yukarıda aktarılan örnekteki olay bakımından müsadere kararı verilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiş ise de TCK m. 54'ün gerekçesinde yer verilen bazı ifadeler, bahsi geçen örnekteki olaylara benzer vakalarda müsadere kararı verilmesinin mümkün olduğu biçiminde yorumlanabilecek niteliktedir. Aşağıda bu konuya daha detaylı olarak temas edileceğinden burada ayrıntıya girilmemiştir.

67 Kanunda yer verilen istisnai durumlar dışında ve koşulları olduğu takdirde müsadere kararı verilmesinin zorunlu olduğu hususunda bkz. Akbulut (n. 24) 895-896.

68 Esasen bir önceki başlıkta, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşuluna yer verilmesinin tahmini gerekçeleri üzerinde durulmuştu. Bu nedenle bahsi geçen soru, aynı tartışmanın gereksiz bir tekrarı olarak düşünülebilir. Ancak çalışmamızın bu bölümünde, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulunun ihdasına ilişkin varsayımsal nedenler değil; kanun koyucuyu bu düzenlemeyi yapmaya iten "ilkesel" zorunluluklar, beraberinde getireceği "olası sorunlarla birlikte" tartışma konusu yapılmıştır.

Yukarıda, eşya müsadereesine başvurulmasındaki temel amaçlardan biri olarak yeni suçların işlenmesinin önlenmesi gayesine işaret edilmişti. Kuşkusuz müsadereenin bu amacıyla ilgili değerlendirmeler, tehlikenin asıl kaynağının -kural olarak- eşya değil; eşyayı suçla bağlantılı hâle getiren fail/şerik olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Suç teşkil eden fiili işleyen bir fail ve/veya failin fiiline iştirak eden şerikler olmadan iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait eşyanın bizatihi kendisinden kaynaklanan aktif bir tehlikeden bahsedilemeyeceğine ve böyle bir eşyanın suça herhangi bir biçimde katılmayan malikin elinde bulunması, olağanın dışında bir tehlike oluşturmayacağına göre fail ve şerik dışındaki [üçüncü] kişilere ait eşyalar bakımından müsadere tedbirine başvurulmamasının, düzenleme yapma ihtiyacı doğurmayan tabii bir netice olduğu ifade edilebilir. TCK m. 54/1'de yer verilen "iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama" koşulunun, bu açıdan, "olması gerekeni normatif kimliğe büründüren" bir şart teşkil ettiği söylenebilir. Bununla birlikte ceza hukukunun temel ilkelerinin doğal bir neticesi konumundaki bu şartın Kanun'da düzenlenmesi, yasa koyucunun arzu etmediği yorum biçimlerinin ortaya çıkmasına da sebebiyet verebilecek niteliktedir. Aşağıda aktarılan örneğin, yasada iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşuluna yer verilmesi sonucunda ortaya çıkabilecek problemler anlaşılmaması açısından faydalı olabileceği kanaatindeyiz: Ailesinin baskısı sonucu amcasının kızı B ile nişanlanan A, sürekli olarak B'yi öldürmeyi planlamakta ve fakat arkasında delil bırakmamak için uygun koşulların oluşmasını beklemektedir. Hatta A, fırsatını bulduğunda B'yi öldürmek için nalburdan bir orak bile satın almıştır. B, ablası C ile birlikte A'ya ait tarlada çalışırken ikili arasında ani bir tartışma başlar. B ile C arasında önceye dayalı bir husumet bulunmamaktadır. Tartışma sırasında oldukça sinirlenen C, B'nin Adan ödünç aldığı orağın sivri ucuyla B'yi başının ve vücudunun muhtelif yerlerinden yaralar. Hastaneye götürülen B, yapılan bütün tıbbi müdahalelere rağmen yaşamını yitirir. Doktorlar B'nin öldüğünü söylediğinde A, başına iş almadan B'den kurtulduğunu düşünerek içten içe sevinir. Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesi alınan C, beyanında, tarlada çalıştıkları esnada B'ye, A'nın aslında kendisiyle evlenmek istemediğini söylediğini, bunun üzerine B'nin kendisine hakaret ettiğini ve bunun üzerine dayanamayarak kardeşi B'yi öldürdüğünü söyler. C, ilgili Cumhuriyet savcısının kendisine yönelttiği "Bu suçu işleyeceğinden A'nın haberi var mıydı? Sana bu konuda herhangi bir telinde bulundu mu?" biçimindeki soruya ise "Hayır. Zaten A ile yıllardır konuşmuyoruz" şeklinde cevap verir.

Kanaatimizce TCK m. 54/1'de yer verilen "iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama" koşulu, yukarıdaki örnek açısından iki farklı biçimde yorumlanabilir. Üstelik birbirine zıt sonuçlara ulaşan bu yorum tarzlarının ikisi de kayıtsız kalınmayacak derecede sağlam gerekçelere sahiptir:

(i) Birinci Yorum Tarzı: Her ne kadar A, B'yi öldürmeyi planlamış ise de C tarafından işlenen suça iştirak etmemiş ve hatta eylemin gerçekleştirileceğinden haberi dahi olmamıştır. Suça iştirak etmeyen A'ya ait eşyanın müsadere edilmesi, "fiilin" değil; "düşüncenin" yaptırımı tabi tutulması anlamına gelecektir ki böyle bir neticenin "fiil ceza hukuku"⁶⁹ anlayışı karşısında savunulabilmesi mümkün değildir. Nitekim öğreti ve uygulamada iyiniyetli

69 Fiil ceza hukuku anlayışı, kişinin kınanabilirliği tartışma konusu yapılırken failin geçmişteki yaşamı, alışkanlıkları veya bulunduğu çevre gibi faktörlerin değil, işlediği fiilin dikkate alınması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu açıdan kusur değerlendirmesinin suç oluşturan bir haksızlığın varlığını gerektirdiği ve haksızlık yargısının kusur yargısı üzerine inşa edildiği söylenebilir. Bu açıklamalar ve daha fazlası için bkz. Dülger (n. 6) 84; Koca/Üzülmez (n. 6) 54 ve 85.

üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşuluyla ilgili değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulacak kriterlerin başında da malikin suça iştirak edip etmediği (ve dolayısıyla ceza hukuku kapsamında değerlendirilebilecek bir fiilin bulunup bulunmadığı) gelmektedir.^{70, 71} Ayrıca verilen örnek olayda B öldüğü için A'nın B'ye yönelik tehlike oluşturmaya devam ettiğinden bahsedilmesine de imkân bulunmamaktadır. Bu tür olaylarda müsadere kararı verilmesi, müsadere yaptırımıyla ulaşılmak istenen tehlikenin önlenmesi biçimindeki amaca herhangi bir katkı sağlamayacaktır. Keza A'ya ait aracın müsaderesi, *ultima ratio ilkesi*⁷² ile de örtüşmeyecektir. Bütün bu gerekçelerle A'ya ait orak hakkında müsadere tedbirine başvurulmaması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Esasen yukarıda yer verilen sonuca, iyiniyetin bulun[ma]ması gereken ana ilişkin kabulden de ulaşılabılır. Suç teşkil eden haksızlığın kurucu unsurunu “fiil” oluşturduğuna⁷³ göre üçüncü şahsa ait eşyanın müsaderesi hakkında karar verilirken bu kişinin “fiil işlendiği anda” iyiniyetli olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.⁷⁴ Somut olayda A, B'yi öldürmeye yönelik planlar yapması ve satın aldığı orağı suça kullanmayı düşünmesi itibarıyla -fiilin işlenmesinden önceki aşamada- iyiniyetli olarak kabul edilemeyeceği de fiilin gerçekleştirildiği sırada iyi veya kötü niyetli değildir. C tarafından B'ye yönelik eylem gerçekleştirildiği sırada A'nın iyiniyetli olmadığı söylenemeyeceğine göre A'ya ait eşyanın müsadere edilmemesi gerekir.

Kuşkusuz, kendisine ait eşya ile suç işlemeyi düşündüğü için iyiniyetli olmadığı⁷⁵ kabul edilen bir kimsenin eylemi gerçekleştirdiği sırada da aynı kötü niyeti taşıması mümkündür.

70 Meran (n. 65) 279; Özgenç (n. 13) 991; Koca ve Üzülmüş (n. 6) 672-673; Güngör ve Toroslu (n. 50) 1971; Günler (n. 33) 863.

71 Önemle belirtmek gerekir ki burada yer verilen ifadeler, iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e olmama koşulunu fiile iştirak edilip edilmediğini göz önünde bulundurarak değerlendiren fikre iştirak ettiğimiz biçiminde anlaşılmalıdır. Suça iştirak eden kişilere ait eşyaların müsadere edilmesi gerektiğinden kuşku bulunmasa da aşağıda ayrıntısıyla ortaya konulacağı üzere fiile iştirak eden kişilere ait eşyaların müsadere edilebilmesi için iyiniyetli olmamalarına gerek yoktur. Bir başka ifadeyle TCK m. 54/1'de yer verilen “üçüncü kişi” tabirinin fail ve şeriki kapsamadığı kabul edilmelidir. Zira suçun oluşup oluşmadığı ve dolayısıyla bir eylemden dolayı sorumluluğun doğup doğmayacağı belirlenirken eylemin hangi niyetle/saikle gerçekleştirildiği kural olarak dikkate alınmamaktadır. İyiniyetli olmama, üçüncü kişiler bakımından varlığı gerekli bir şart olduğuna göre bu koşulun fiile iştirak edilip edilmediği hususu nazara alınarak yorumlanması mümkün kabul edilmemelidir.

72 Ceza hukukunun bir haksızlığa sonuç bağlaması, o haksızlığın önemli sayılabilecek bazı hukuki değerleri ihlal etmesini gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle ceza hukukunda her haksızlığa sonuç bağlanmaz. Zira ceza hukuku, davranışları kontrol etmenin son aracıdır. *Ultima ratio* olarak ifade edilen bu kaide, ceza hukuku yaptırımlarının diğer hukuk dallarının yaptırımlarına nazaran daha ağır sonuçlar doğurmasının bir neticesi olarak ortaya çıkmaktadır. *Ultima ratio ilkesine* yönelik bu açıklamalar ve daha fazlası için bkz. Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1* (7. Auflage, Springer 2008) 18; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Kohlhammer 2016) 5; Dülger (n. 6) 86-87.

73 Selâhattin Keyman, ‘Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket’ (1988) 40 (1) AÜHFD 121, 121.

74 Aşağıda da ifade edildiği üzere (bkz. “İyiniyet Kavramının TCK m. 54 Hükümünün Gereğiyle Bağlantılı Bir Biçimde Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz”/IV-C-2) biçimindeki başlık altında yer verilen açıklamalar) TCK m. 54/1 hükümünün gerekçesinde yer verilen açıklamalar, hangi andaki iyiniyete sonuç bağlanacağı hususunda net bir içeriğe sahip değildir.

75 Hemen belirtmek gerekir ki burada yer verilen “iyiniyetli olmadığı” ibaresi ile kişinin suç işleme düşüncesine sahip olması kastedilmemektedir. TCK m. 54/1'in gerekçesinde yer verilen açıklamalar, iyiniyetli ol[ma]ma olgusunu, bireyin kendisine ait eşya ile suç işlendiğinden haberdar ol[ma]ması ile ilişkili bir biçimde değerlendirmeye almaktadır. Bu nedenle yukarıda yer verilen “iyiniyetli olmadığı” ibaresi, kişinin işlemeyi düşündüğü suça kullanacağı eşyanın kendisine ait olduğundan haberinin bulunması biçiminde anlaşılmalıdır.

Ancak yukarıda verilen örnekte, [iyi veya kötü] niyetine sonuç bağlanacak kişi (A) ile fiili gerçekleştiren fail (C) farklı kimselerdir. Eşya müsadere kararı verilebilmesi için üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı an ile failin kastının aynı zaman diliminde bulunması gerekir. Yukarıdaki olayda ise A'nın B'yi kendisine ait eşyayla öldürmek istediği zaman diliminde, C'nin B'yi öldürme kastı bulunmamaktadır. Keza A, C'nin eylemi gerçekleştirdiği esnada maliki bulunduğu eşyanın (orağın) suçta kullanılacağından haberdar değildir. Dolayısıyla C'nin kasten hareket ettiği anda, A açısından iyiniyetli olmama koşulu sağlanmamaktadır. Bahsi geçen örnek açısından müsadere kararı verilebileceğinin kabul edilmesi, A'nın suç işlenmeden önceki [iyi olmayan] niyeti ile C'nin A'ya nazaran sonradan ortaya çıkan kastının birleştirilmesi anlamına gelecektir. Ayrıca C tarafından gerçekleştirilen öldürme eylemi sebebiyle A'ya ait eşyanın müsadere edilebileceği sonucuna ulaşırsa B'nin herhangi bir kimsenin fiili olmadan -örneğin A'dan ödünç aldığı orağı kendisine saplayıp intihar ederek ölmesi durumunda da aynı yaptırıma başvurulabileceği kabul edilmelidir. Zira bu ihtimalde de A, B intihar etmeden önce onu kendisine ait eşyayla öldürmeyi planlamıştır ve dolayısıyla fiil işlenmeden önceki aşamada iyiniyetli değildir. Bu noktada, C'nin öldürme fiilini gerçekleştirmesiyle B'nin intihar etmesi arasında -A'nın ulaşmak istediği ölüm neticesi bakımından- herhangi bir farklılık bulunmadığı özellikle vurgulanmalıdır. Esasen verilen son örnekte, suç teşkil etmeyen intihar eylemi sebebiyle müsadere kararı verilemeyeceği açıktır. Ancak ilk örnekte de A tarafından işlenen bir suç bulunmamaktadır. A, ilk örnekte müsadere kararı verilmesi durumunda C'nin fiilinden; son örnekte müsadere tedbirine başvurulması hâlinde ise bizzat B'nin fiilinden sorumlu tutulmuş olunacaktır. Hâlbuki müsadere kararı verilebilmesi için hakkında müsadere tedbiri uygulanacak kişinin mahkûm edilmesi gerekmesi de o kişi tarafından işlenen bir suçun varlığı gerekir⁷⁶. Bir başka ifadeyle diğer ceza hukuku yaptırımları gibi müsadere de -istisnai hâller dışında (bkz. TCK m. 54/1-c.2)- suç işlenmesi koşuluna tabi olarak uygulanabilmektedir.

(ii) İkinci Yorum Tarzı: TCK m. 54/1'de, iyiniyetli ol[ma]ma koşulunun fiilin işlendiği anla bağlantılı bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğine işaret eden herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Dolayısıyla fiilin işlenmesinden önceki aşamada iyiniyetli olmayan kişilere ait eşyalar bakımından da müsadere tedbirine başvurulabileceği kabul edilebilir. Tam bu noktada, kişiye bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi sürecinde "fiilin işlendiği andaki" koşulların dikkate alınması gerektiği haklı bir itiraz olarak ileri sürülebilir. Ancak somut olayda A tarafından B'nin öldürülmesine yönelik herhangi bir fiil gerçekleştirilmediğinden, A'nın iyiniyetli ol[ma]ması gereken anın tespiti bakımından bu kabulden hareket edilmesinin mümkün olmadığı da pekâlâ söylenebilir. Fiil işlendiği andaki koşullar (örneğin fiilin gerçekleştirildiği sırada kasten hareket edilip edilmediği), yalnızca fail ve şerikler bakımından dikkate alınmalıdır. Esasen niyet (ve dolayısıyla iyiniyet), kasttan önce gelebileceğinden, iyiniyetli olmama koşulunun her durumda kastla aynı zaman diliminde mevcut olmasını beklemek de doğru değildir. Üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının fiil işlendiği an dikkate alınarak belirlenmesi, iyiniyet kavramını suç veya suça iştirak kastı ile özdeşleştirir ki bu durumda Kanun'da bu koşula yer verilmesi

76 Taneri (n. 31) 69; Gedik (n. 29) 118-119; Malkoç (n. 36) 441. Müsadereye bir suçla bağlantılı olarak hükmedilmesinin onu kolluk tedbirlerinden ayıracağı konusunda ayrıca bkz. Soygüt Arslan (n. 44) 9.

tamamen gereksiz hâle gelir. Zira şeriklerin suçtan sorumlu tutulabilmesi için gerekli koşulları düzenleyen hükümlerden yola çıkılarak da bu kişilere yaptırım uygulan[ma]ması neticesini doğuran durumlar rahatlıkla tespit edilebilir. Kanun koyucu bu koşula ayrıca yer verdiği ve “üçüncü kişi” tabirini özellikle kullandığına göre bahsi geçen koşul, yalnızca fail ve şerik dışındaki kişilere ait eşyaların müsaderesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim bireylerin suçtan sorumlu tutulabilmeleri için hangi niyetle-saikle hareket ettikleri -kural olarak⁷⁷ - önemli olmadığından, şeriklerin suça iştirak ederken iyiniyetli olmalarının kendileri hakkında müsadere tedbiri uygulanmasını engelleyeceği de söylenemez. Bütün bu gerekçelerle, üçüncü şahıslara ait eşyaların müsadere edilebilmesi için bu kişilerin fiilin işlenmesinden önce iyiniyetli olmaları da yeterli görülmelidir. Bu kapsamda, yukarıda yer verilen somut olayda üçüncü kişi konumunda bulunan A, kendisine ait eşya ile B’yi öldürmeyi planladığı için iyiniyetli olarak kabul edilmemeli ve kendisine ait oranın müsaderesine hükmedilmelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki yukarıda aktarılan ifadeler, “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” koşulundaki “niyet” ibaresinin bazı suç tiplerinde unsur veya nitelikli hâl olarak yer verilen⁷⁸ “amaç” ve “saik” kavramları ile birebir örtüştüğü biçiminde yorumlanmamalıdır. Her ne kadar *TDK Güncel Türkçe Sözlük*’te “amaç” kavramının anlamlarından biri olarak “niyet” tabirine atıfta bulunulmuş⁷⁹ ise de ceza hukuku açısından kişinin suç işlemek suretiyle ulaşmak istediği müşahhas gayeye işaret eden⁸⁰ “amaç” unsurunun kasttan önceki aşamada mevcut olması gerektiği; TCK m. 54/1’de yer verilen “niyet” kavramı ile ilgili olarak ise Kanun’da somut bir belirlemede bulunulmadığı gözden kaçırılmamalıdır⁸¹. Keza faili suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye yönelen “iç etken” veya “dürtü” biçiminde tanımlanan⁸² saik kavramı da her durumda niyet kavramı ile aynı anlama gelmemektedir. Niyet ve saik kavramları, fiilin işlenmesinden önceki aşamada ortaya çıkmaları bakımından ortak paydaya sahip iseler de aralarında iki önemli fark bulunmaktadır: Saikin unsur veya nitelikli hâl olarak kabul edilebilmesi için fail veya şerikte bulunması gerekmektedir⁸³. [İyi]niyetin varlığı/yokluğu ise fail ve şerik dışındaki kişiler bakımından tartışma konusu yapılmaktadır. Ayrıca saik yalnızca bazı suç tiplerinde kendisine sonuç bağlanan bir unsur/nitelikli hâl olduğu hâlde⁸⁴; [iyi]niyet, fail ve şerik dışındaki kişilere ait eşyaların müsaderesinin gündeme geldiği bütün kasıtlı suç tiplerinde tartışma konusu yapılabilmektedir. Bu

77 Saik ve niyet, suçun oluşumu bakımından dikkate alınmamakta ise de suç işleyen kişinin taşıdığı saik veya niyetin bazı istisnai hâllerde cezalandırılabilirlik üzerinde sonuç doğurabildiği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacın karşılanması ‘için’ (ağır ve acil bir ihtiyacın karşılanması ‘niyetiyle’) işlenmesi durumunda fail cezalandırılmamaktadır (bkz. TCK m. 147).

78 Akbulut (n. 24) 395-396.

79 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2024.

80 Hakeri (n. 23) 272; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n. 23) 474.

81 Her ne kadar TCK m. 54/1’de iyiniyet ve dolayısıyla “niyet” kavramının ne anlama geldiği belirtilmemişse de bahsi geçen hükmün gerekçesinde [iyi]niyetin içeriğine taalluk eden bazı ifadeler yer verilmiştir. Bununla birlikte [iyi]niyetin içeriği ile ilgili olarak gerekçede kullanılan ifadeler aşağıda tartışma konusu yapılacağından burada ayrıntıya girilmemiştir.

82 Koca ve Üzülmüş (n. 6) 252.

83 Dülger (n. 6) 456.

84 Örnek için bkz. TCK m. 77, m. 82/1-j, m. 82/1-k ve m. 217 A/1.

açından, amaç ve saik kavramlarının yalnızca belli suç tipleri bakımından dikkate alındıkları ve niyet kavramına nazaran sınırlı bir alanda uygulama alanı buldukları söylenebilir. Esasen TCK m. 54'ün gerekçesinde “*iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama*” koşulunun “*suçun işlenişinden haberdar olmamak*” ile ilişkilendirilmiş olması da bahsi geçen kavramların -kannun koyucu nazarında- aynı anlamda kullanılmadığını göstermektedir.

Şüphesiz yukarıda yer verilen yorum tarzlarından ikincisi, ceza hukukunun temel ilkeleriyle telif edilemeyecek sonuçlar içermektedir. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda “fiil” (suç işlenmesi) değil, “düşünce” (suç işleme düşüncesi) yaptırıma tabi tutulmuş olunacaktır. Ayrıca son yorum şeklinin sorumluluk alanını oldukça genişleteceği de özellikle belirtilmelidir. Ancak ikinci yorum biçimiyle ilgili olarak öne sürülen bu itirazların, ilk yorumun benimsenmesinin hiçbir mahzurlu netice doğurmadığı şeklinde anlaşılması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten ilk yorum tarzı, “fiilin işlendiği anda” iyiniyetli olmayan “üçüncü şahıslara” ait eşyalar bakımından müsadere tedbiri uygulanma ihtimalini dışlamamaktadır. Bir başka ifadeyle suça iştirak dahi etmeyen üçüncü kişi “fiil işlenirken” iyiniyetli değilse eşyası müsadere edilebilecektir. Nitekim TCK m. 54'ün gerekçesindeki ifadeler dikkate alındığında ve yukarıda yer verilen örnek aşağıdaki şekilde değiştirildiğinde; A, suç teşkil eden herhangi bir eylem gerçekleştirmedeği ve eyleme iştirak de etmediği hâlde işlenen fiilden dolayı kendisine ait eşya müsadere edilebilecektir: B ile C'nin kavgası devam ederken A, tarlasına doğru yürümektedir. A, tarlaya varmasına yaklaşık olarak 300 metre kalınca B ile C'nin kavgaya tutuştuğunu ve C'nin kendisine ait orakla B'ye vurmaya üzere hızla koştuğunu görür. A tarlaya varmadan önce C, orağı B'ye vurur ve onu öldürür. B'yi öldürme planları yapan A, B'nin öldüğünü görünce içten içe sevinir.

Yukarıda aktarılan son örnekte A, suça iştirak etmese de suçun işlenişinden haberdar olmuştur. TCK m. 54'ün gerekçesine göre bir kimsenin iyiniyetli olarak kabul edilebilmesi için suçun işlenişinden haberdar olmaması gerekir. Somut olayda ise A, suçtan haberdar olduğundan -madde gerekçesindeki açıklamalara göre- kendisi açısından iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulunun gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Gerekçedeki açıklamalar dikkate alındığında, C tarafından suçun işlenmesinde kullanılan ve suça iştirak etmeyen A'ya ait olan orağın müsadere edilmesi gerekir ki bu kabul şahsılık prensibine aykırıdır. Zira A'nın TCK m. 81 hükmündeki tipik fiil kapsamında değerlendirilebilecek bir eylemi bulunmadığı gibi A suça iştirak de etmemiştir. Tam bu noktada, hükmün gerekçesinde yer verilen ve suçtan haberdar olmanın iyiniyeti ortadan kaldıracığı anlamına gelen ifadelere katılmadığımız özellikle ifade edilmelidir.

Dikkat edileceği üzere TCK m. 54 ve bu hükmün gerekçesindeki açıklamalar dikkate alınarak yapılan yukarıdaki iki yorum biçiminden hangisi benimsenirse benimsensin, “iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama” koşulu, suç teşkil eden eyleme fail ve şerik olarak katılmayan bireyler bakımından “*sorumluluk ihdas edici*” bir fonksiyon üstlenecek ve suç kapsamında değerlendirilebilecek herhangi bir eylemi bulunmayan kişilere ceza hukuku yaptırımı uygulanmış olunacaktır. Hiç şüphesiz, her ikisi de ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı sonuçlar doğuran bu yorum şekillerinden hangisine üstünlük tanınacağı belirlenirken Mecelle'nin 29. maddesinde de ifadesini bulan “*Ehven-i şerreyn ihtiyâr*

*olunur*⁸⁵ biçimindeki kural dikkate alınmalı ve daha az mahzurlu olan yorum biçimi tercih edilmelidir. Bittabi bu yorum biçimlerinden hangisinin daha az sakınca barındırdığı yönündeki tespitin, yukarıda aktarılan ve kanun koyucunun iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşulunu ihdas etme sebebini sorgulayan sorunun cevabından bağımsız bir biçimde ortaya konulması mümkün değildir.

Kanaatimizce kanun koyucu, inceleme konumuzu teşkil eden şartla bir taraftan suça iştirak etmeyen kişilere ait eşyaların her durumda müsadere edilmesini önlemek istemiş⁸⁶; diğer taraftan bu bireylerin suça olan katkılarının görmezden gelinemeyeceği durumları yaptırım altına almayı amaçlamıştır. Fail ve şerik dışındaki kişiler bakımından sorumluluk inşa edici bir hüviyet taşıyan iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşulunun -bu açıdan- ihdas ettiği sorumluluğu kendi içinde sınırlandırma gayreti de taşıdığı söylenebilir. Bir başka ifadeyle söz konusu koşula Kanun'da yer verilmesinin sebebi, suç kapsamında değerlendirilebilecek herhangi bir eylem gerçekleştirmeyen üçüncü kişiler bakımından müsadere tedbirinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunda ortaya çıkabilecek tereddütleri bertaraf etmek ve buna ilaveten üçüncü kişilere ait eşyaların müsaderesine sınırlama getirmektir. Nitelik iyiniyetli olmamanın yalnızca üçüncü kişiler bakımından göz önünde bulundurulmuş bir şart niteliğinde olması, bahsi geçen koşulun kendi içinde bir sınırlandırma gayreti de barındırdığının en açık kanıtıdır. Bu kabulden ortaya çıkan en önemli sonuç ise eşya müsaderesinin üçüncü kişiler bakımından ancak istisnai durumlarda uygulanabileceğidir. Gerçekten eşya müsaderesi, fail ve şerik hakkında bu kişilerin taşıdıkları [iyi veya kötü] niyetten bağımsız bir biçimde uygulanabilirken⁸⁷; üçüncü kişilerin yalnızca iyiniyetli olmamaları durumunda tatbik edilebilmektedir. Örneğin freni boşalan küçük bir ticari aracın, tanımadığı küçük bir çocuğun üzerine doğru gelmeye başladığını gören A, ticari aracı durdurmak için sokakta çalışır vaziyette bulunan bir otomobile binip çocuğa doğru hareket etmekte olan araca çarparak yönünü değiştirir ve bu eylemde kullandığı otomobilin babası tarafından kendisine hediye olarak alındığını sonradan öğrenirse söz konusu otomobil bakımından müsadere hükümlerinin uygulanması mümkündür. Zira bahsi geçen olayda A, suçta kullandığı otomobilin kendisine ait olduğunu bilmediği için iyiniyetli olarak kabul edilebilirse de⁸⁸ üçüncü kişi değildir. TCK m. 54'te failin iyiniyetine müsadere tedbirinin uygulanmasını önleyici bir fonksiyon tanınmadığına göre -TCK m. 3'te ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmedilirken göz önünde bulundurulması gerektiği açıkça ifade edilen ve TCK m. 54/3'te de eşya müsaderesi açısından ayrıca vurgulanan orantılılık ilkesine aykırı sonuçlar doğurması durumunda⁸⁹- A'ya ait olan otomobilin

85 Bahsi geçen ibarenin “*İki kötülükle karşı karşıya kaldığında daha hafif, ehven olanı seçilir*” anlamına geldiği hususunda bkz. Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle* (İkinci Baskı, KTB 2008) 112.

86 İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşuluna yer verilmesindeki amacın temel haklar arasında yer alan mülkiyet hakkının zedelenmesini önlemek (iyiniyetli kişilerin mülkiyet hakkını güvence altına almak) olduğu hususunda ayrıca bkz. Yıldırım ve Duman (n. 35) 161; Gedik (n. 29) 151.

87 Soygüt Arslan (n. 44) 355.

88 A, otomobili suçta kullandığından haberdar olsa da suçta kullandığı otomobilin kendisine ait olduğunu bilmemektedir. Bir başka ifadeyle A, kendisine ait eşyanın suçta kullanıldığından haberdar değildir. Bu nedenle A'nın kendisine ait eşyanın suçta kullanılması bakımından iyiniyetli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

89 Ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan orantılılık, işlenen fiil ile faile uygulanacak yaptırım arasında uygunluk bulunması gerektiği anlamına gelmektedir. Orantılılık ile ilgili temel düzenlemeye TCK m. 3'te yer verilmiş ise de Kanun'un muhtelif hükümlerinde bu ilkeye ayrıca atıf yapıldığı görülmektedir (örnek için bkz. TCK m. 54/3 ve m. 60/3). Öğretide orantılılık ilkesinin “*ölçülülük*”, “*elverişlilik*” ve “*gereklilik*” olmak üzere üç alt ilkeden teşekkül ettiği belirtilmekte ve bahsi geçen ilkenin ceza kanunlarının ihdasında yasa koyucuyu sınırlandırıcı bir fonksiyon üstlendiğine vurgu yapılmaktadır. Orantılılık ilkesi ile ilgili açıklamalar için bkz. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi* (1. Baskı, Seçkin

müsaderesinin yanlış olmayacağı neticesine ulaşılmalıdır. Keza her ne kadar burada eylem zorunluluk hâli içerisinde gerçekleştirilmiş ve dolayısıyla failin mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılması olanaklı değil ise de fail tarafından gerçekleştirilen fiil suç teşkil etmeye devam etmektedir. Nitekim öğretide de failin kusurluluğu ortadan kaldıran hâllerden birisinin etkisinde olmasının müsadere tedbirine başvurulmasına engel olmadığı ifade edilmektedir^{90, 91, 92}. Hâlbuki somut olaydaki otomobil faille değil de failin yakın bir arkadaşına ait olsaydı ve otomobilin sahibinin de maliki bulunduğu bu taşıtın suçun işlenmesinde kullanıldığından haberi bulunmasaydı iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşulu sağlanamadığından otomobil müsadere edilemeyecekti. Esasen tarafımızca savunulan fikre göre yukarıdaki somut olay açısından failin arkadaşı, kendisine ait otomobilin bir çocuğun hayatını kurtarmak için fail tarafından kullanılacağından haberdar olsaydı dahi -iştirak kapsamında mütalaa edilebilecek bir fiili bulunmadıkça- müsadere kararı verilememesi gerekirdi⁹³.

Yukarıda aktarılan ifadelerden de anlaşılacağı üzere TCK m. 54/1'de inceleme konumuzu oluşturan şarta yer verilmesinden ulaşılan en önemli sonuç, fail ve şerik dışındaki kişilere ait eşyaların kural olarak müsadere edilememesidir. Bu noktada, üçüncü kişilere ait eşyaların müsadere edilip edilemeyeceği tartışılırken -müsaderenin bu bireyler bakımından taşıdığı- istisnai olma vasfının göz önünde bulundurulması gerektiği özellikle vurgulanmalıdır. Kanaatimizce yukarıda yer verilen iki yorum tarzı bu bakış açısıyla değerlendirmeye alındığında, ilk yorum biçiminin -en azından ikinci yorum şekline nazaran- tercihe şayan olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Bununla birlikte her iki yorum tarzının da ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştırılamayacak sonuçlar içerdiği burada tekraren ifade edilmelidir. Esasen bu sakıncalı sonuçların temelinde söz konusu şartın yasal zemine kavuşturulması değil, düzenleme yapılırken ceza hukukuna yabancı bir kavram olan ve teknik anlamı dışında kullanılan⁹⁴ “iyiniyet” terimine yer verilmesi bulunmaktadır. Gerçekten, medeni hukuka ait bir kavram olan iyiniyet⁹⁵, özel hukukta genel itibarıyla bir eşyanın mülkiyetinin “kazanılıp

2002) 26 vd.; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2023) 84-85; Murat Aydın, ‘Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi’ (2024) (15) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 141, 142 ve 160.

90 Dalkılıç (n. 31) 92-93; Taneri (n. 31) 84.

91 Nitekim Yargıtay da kusurluluğu ortadan kaldıran hâllerin müsadere kararı verilmesine engel teşkil etmediğine karar vermektedir: “...*Niteliği itibarıyla zorlama tabii bulunmayan bir eşyanın müsadere edilebilmesi için, kasten işlenen suçun varlığı zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı failin cezalandırılması şart değildir. Suçun işlenmesinde kullanılan eşya, failin yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi nedenlerle cezalandırılmadığı durumlarda da müsadere edilebilecektir...*” Yargıtay CGK, E 2013/10-56 K 2013/364, 17.09.2013, aktaran: Gökcan ve Artuç (n. 36) 1965-1966.

92 Kanaatimizce her ne kadar yukarıdaki olay bakımından -orantılılık koşuluna aykırılık teşkil etmemesi şartıyla- müsadere kararı verilmesi mümkün ise de bahsi geçen vakada bu yönde karar verilmesinin müsadere ile ulaşılmak istenen amaçlara hizmet etmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır. Zira aktarılan somut olayda ne failin ne de onun suçta kullandığı eşyanın gelecekte olağanın dışında bir tehlike oluşturmaya devam ettiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle özellikle kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hâli gibi nedenlerin bulunduğu durumlarda, eşyanın kendisinden kaynaklanan özel bir tehlike olmadıkça müsadere kararı verilememesi gerekir. Nitekim StGB § 74b hükmünde de -dolaylı da olsa- failin kusursuz olduğu durumlarda müsadere kararı verilebilmesi, müsadere edilecek eşyanın niteliği gereği kamuyu tehlikeye atma riskinin bulunması veya yasa dışı eylemlerin işlenmesine hizmet etme riskinin bulunması koşullarına tabi kılınmıştır.

93 Bahsi geçen görüşümüzle ilgili gerekçeler çalışmamızın ilerleyen kısımlarında aktarılabilecektir.

94 Günler (n. 33) 863; Gedik (n. 29) 154.

95 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 36) 663.

kazanılmayacağı” bakımından göz önünde bulundurulurken⁹⁶; TCK m. 54’te aynı kavrama eşya üzerindeki mülkiyet hakkına “son verilip verilmeyeceği”⁹⁷ bakımından sonuç bağlanmıştır. Tam bu noktada yukarıda yer verilen soruya cevap mahiyetinde aşağıdaki hususlara işaret edilebilir: Hiç şüphesiz, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulunun Kanun’da açıkça düzenlenmesi, fail ve şerik dışındaki kişilere ait eşyaların müsadere edilip edilemeyeceği yönündeki tereddüdün ortadan kaldırılması bakımından yararlıdır. Söz konusu şartın, bu açıdan, kanun koyucunun üçüncü kişilere ait eşyaların müsaderesi hususundaki tercihini ortaya koyması itibarıyla gereksiz olmadığı da ifade edilebilir. Ancak biz, *iyiniyetli olmasa dahi* suça fail veya şerik olarak katılmayan kişilere ait eşyaların müsadere edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira eyleme fail veya şerik olarak katılmayan bireylere ait eşyaların müsadere edilmesi, kişilere “*suçtan bağımsız/suçla bağlı olmayan ceza hukuku yaptırımı*” uygulanması neticesini doğurmaktadır^{98,99}. Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından TCK m. 54’te değişikliğe gidilmeli ve hükmün ilk cümlesi şu şekilde formüle edilmelidir: “*Üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur*”. Böylece hem üçüncü kişilere ait eşyaların müsadere edilip edilmeyeceği yönündeki tereddüt ortadan kaldırılmış olunacak; hem de suça iştirak etmemiş ve dolayısıyla ceza hukukuna aykırı bir fiili bulunmayan kimselerin suçtan sorumlu tutulmaları engellenecektir.

Tam bu noktada, kendilerine ait eşyaların suçta kullanılmasını engelleyici önlemler almayan kişilere karşı ceza hukuku yaptırımlarına başvurulmamasının suçla mücadelede zafiyet doğurabileceği bir itiraz olarak ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce bu itiraz yerinde değildir. Zira sahibi oldukları eşyaların suçta kullanılmasını engellemek için gerekli tedbirleri almayan kişilerin, taksirli suçlara ilişkin koşullar sağlandığında, fail olarak sorumlu tutulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, kuyumcu olması nedeniyle ruhsatlı tabancası olan A’nın, eşi B’nin psikiyatrik rahatsızlığı nedeniyle şiddete meyilli olduğunu bilmesine ve o gün de eşi B ile karşı komşuları C’nin tartıştıklarını öğrenmesine rağmen evine geldikten sonra tabancasını denetimsiz bir biçimde masanın üzerine

96 Osman Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku-Marmara Hukuk Yorumu - Cilt: IV/1* (4. Baskı, Seçkin 2021) 150; Pelin Çavdar, ‘Türk Hukukunda Dürüstlük ve İyiniyet İlkelerinin Karşılığı Olarak İngiliz Hukukunda “Good Faith” İlkesi’ (2022) 9 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163, 166.

97 Müsadere tedbirinin eşya üzerindeki mevcut mülkiyet hakkını sona erdirip şeyin mülkiyetinin kamusal makamlara geçmesi neticesini doğurduğu hususunda bkz. Ahmet Korhan Mastı ve Abdullah Dölen, ‘Müsaderenin Mülkiyet Hakkı İle İlişkisinin Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi’ (2022) 3 (1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 217, 224; Yardımcı (n. 48) 366; Gödeklî (n. 11) 422.

98 Esasen TCK m. 54/1’in ikinci cümlesiyle de müsadere, suç işlenmesine bağlı bir yaptırım türü olmaktan çıkarılmıştır. Doktrinde Koca, kasten işlenen herhangi bir suçla bağlantısı bulunmayan eşyanın müsaderesini öngören bu hükmün genişletilmiş müsadereye imkân tanıdığını ifade etmektedir: Mahmut Koca, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere’ (*Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi*, 27 Mayıs 2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>> Erişim Tarihi 3 Ağustos 2023.

99 Nitekim Yargıtay da müsaderesine karar verilecek eşyanın suçta kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi gerektiğine hükmederek ‘müsadere’ ve ‘suç’ arasındaki ilişkinin ortaya konulması zorunluluğuna işaret etmektedir: “*Dava, kasten yaralama ve tehdit suçuna ilişkindir. Olayda, sanık hakkında tehdit ve kasten yaralama suçlarından mahkumiyet hükümleri kurulması ve sanığa ait iki adet bulundurma ruhsatlı silah ile bu silahlara ait iki adet şarjörün müsaderesine karar verilmesi karşısında, sanık soruşturma aşamasında bulundurma ruhsatlı iki silahını da kolluğa teslim etmişse de, hangi silahın suçta kullanıldığının belli olmadığı, öncelikle hangi silahı kullandığının tespit edilmesi ve silahlar ruhsatlı ise suçta kullanılmayan silahın bulundurma ruhsat süresinin geçip geçmediği gözetilerek, süresinin geçmediğinin anlaşılması halinde sanığa iadesine karar verilmesi gerekir*” Yargıtay 4 CD, E 2022/10835 K 2022/24582, 06.12.2022 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 9 Ağustos 2023.

bırakması ve uyuduktan sonra B'nin bu tabancayı alarak karşı komşusu C'yi öldürmesi¹⁰⁰ durumunda, A'nın taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulması mümkündür¹⁰¹. Dikkat edileceği üzere bu örnekte A, kendi taksirli fiilinden sorumlu tutulmuş olunacaktır. Kuşkusuz, taksirli suçlarda müsadere hükümlerinin uygulanmaması¹⁰² nedeniyle yukarıda aktarılan olayda A'ya ait tabancanın müsadere yoluna gidilemeyecek ise de bu durum suçla mücadelede zafiyet olarak nitelendirilmemelidir. Zira A'nın bizzat kendisi, aynı tabancayla hayvan zannederek bir insanı taksirle öldürseydi yine müsadere yoluna gidilemeyecekti.

Burada tartışma konusu yapılabilecek bir diğer husus, üçüncü kişiye ait eşyanın kullanıldığı eylemin taksirli hâlinin mevzuatta suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır¹⁰³. Örneğin çilingirlik mesleğini icra eden A'ya ait maymuncuğun, A'nın dikkatsizliği sonucu B tarafından ele geçirilerek C'ye ait eve girilmesinde kullanılması ve bu maymuncuk bakımından müsadere yoluna gidilmemesi durumunda, suçla mücadelede olumsuz durumlarla karşılaşılabilirdi. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere taksirli suçlar bakımından müsadere hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Kendilerine ait eşyaları taksirli suçta bizzat kullanan bireyler hakkında uygulanamayan müsadere yaptırımının, aynı eşyaların başka kişiler tarafından kullanılması bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden bireylere yönelik olarak uygulanmasının da evleviyetle mümkün olmadığını kabul etmek gerekir¹⁰⁴. Bu vesileyle, özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle kendilerine ait eşyaların suçta kullanılmasını önlemeyen bireyler bakımından müsadere hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ayrıca irdelenmesi gerektiğini ifade eden yazarlara¹⁰⁵ katılmadığımız da özellikle ifade edilmelidir¹⁰⁶. Nitekim öğretide de kendilerine ait eşyaların suçta

100 Benzer bir örnek için bkz. Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatığı* (1. Baskı, Turhan 2015) 141-142.

101 Esasen bir kimsenin taksirli hareketinden sonra işlenen kasıtlı veya taksirli suçların varlığı durumunda, ilk taksirli hareketi gerçekleştiren bireylerin işlenen suçtan sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır. Öğretideki yazarların bir kısmı "rücu yasağı"ndan yola çıkarak bu durumda ilk taksirli hareketi gerçekleştiren kişinin meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağını ifade etse de özellikle Alman öğretisinde savunulan "sınırlı sorumluluk alanı teorisi" taraftarları, ikinci fiili gerçekleştiren kişinin "eyleme meyilli" olduğuna dair işaretlerin bulunduğu ya da ilk taksirli hareketi gerçekleştiren kişinin neticenin meydana gelmesini önlemek bakımından "garantör" olduğu durumlarda, neticenin ilk taksirli hareketi gerçekleştiren kişiye yüklenebileceğini ifade etmektedir. Biz de bahsi geçen ihtimalde sınırlı sorumluluk alanı teorisinin çözümüne taraftar olduğumuzdan yukarıdaki örnekte A'nın meydana gelen neticeden sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira silah sahibi kişiler, bu aletler bakımından gözetim yükümlülüğü altındadır. Rücu yasağı ve sınırlı sorumluluk teorisi ile ilgili bu açıklamalar ve konu hakkındaki diğer görüşler için bkz. Keçelioğlu (n. 100) 142 vd.; Hakeri (n. 23) 186; Koca ve Üzülmez (n. 6) 224 vd.; Dülger (n. 6) 501 vd.

102 Taksirli suçlarda müsadere hükümlerinin uygulanamayacağı hususunda bkz. Meran (n. 65) 279; Gedik (n. 29) 119.

103 Bir sonraki cümlede aktarılan örnekten de anlaşılacağı üzere burada vurgulanmak istenen, fail tarafından işlenen "kasıtlı" suç tipinin taksirli biçiminin kanunda suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır.

104 Bireylerin, sahibi oldukları eşyaların suçta kullanılması bakımından taksirle hareket etmelerinin müsadere kararı verilmesi için yeterli olmadığı hususunda bkz. Koca ve Üzülmez (n. 6) 673.

105 Certel (n. 41) 42-43; Malkoç (n. 36) 441. *Malkoç*, bir taraftan malikin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davrandığında eşyasının bir suçta kullanılacağını anlayıp anlamayacağını araştırılması gerektiğine işaret etmekte, diğer taraftan müsadere suçta iştirake ilişkin koşulların gerçekleştiği durumlarda uygulanabileceğini ifade etmektedir ki bu ifadeler kendi içerisinde çelişkilidir. Zira kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması, suçta iştirak ettiği anlamına gelmemektedir.

106 Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak eşyasını failen veren üçüncü kişinin iyiniyetli sayılmayacağı biçimindeki görüşün, "ceza hukukunda başkasının işlediği fiile iştirak iradesiz katkısı sağlamış olan kimse bakımından özen yükümlülüğünün yaratılması" anlamına geldiği ve bu durumun iştirak kurumunun niteliği ile uyumsuzluğu hakkında ayrıca bkz. Soygüt Arslan (n. 44) 365.

kullanılması bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan bireylere yönelik olarak müsadere yaptırımına başvurulmasının, mülkiyet hakkına orantılı bir müdahale olmayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁷.

III. TCK M. 54/1 HÜKMÜNÜN FORMÜLASYONUNA İLİŞKİN ELEŞTİRİ

İyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama koşulu, müsadere konusu eşyanın fail ve şerik dışındaki herhangi bir kişiye ait olduğu durumlarda tartışma konusu yapılmaktadır. Bu açıdan önemli olan, eşyanın “birden fazla kişiye” ait olması değil, fail veya şerike ait olmamasıdır. Ancak TCK m. 54/1’de yer verilen “kişi[ler]e” ibaresi, aksi yönde yorum yapılmasına da imkân tanımaktadır. Gerçekten bahsi geçen ifadedeki “-ler” çoğul eki, eşyanın fail/şerik dışındaki “bir” kişiye ait olması durumunda, “*bahsi geçen ‘tek’ kişi ‘iyiniyetli olsa dahi’ müsadere yoluna gidilebilir*” biçimindeki hatalı yorumu da mümkün kılmaktadır. Bu nedenle, yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebileceğini düşündüğümüz “-ler” çoğul ekinin TCK m. 54/1’in ilk cümlesinden çıkarılmasının amaca daha iyi hizmet edebileceği kanaatindeyiz.

TCK m. 54/1’deki “-ler” çoğul ekinin gereksiz olduğu yönündeki sonuca, TCK m. 54/1’in TCK m. 54/6 ile birlikte değerlendirmeye alınmasından da ulaşılabilmektedir. Bilindiği üzere TCK m. 54/6’da, birden fazla kişinin pay sahibi olduğu eşyalarda, yalnızca suça iştirak eden kişinin payının müsadere edilebileceği düzenlenmiştir; söz konusu hükmün uygulanabilmesi için suça iştirak etmeyen birden fazla kişinin bulunması gerektiği yönünde bir koşula ise yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle TCK m. 54/6, eşya üzerinde yalnızca iki kişinin pay sahibi olduğu ve bu iki kişiden sadece birinin suçu “işlediği”¹⁰⁸ durumlarda da uygulama alanı bulmaktadır. Suça iştirak etmeyen kişinin paylı mülkiyete tabi eşya üzerindeki payının dahi müsaderesine izin vermeyen kanun koyucunun, TCK m. 54/1’in uygulanabilmesini eşyanın fail/şerik dışında birden fazla kişiye ait olması şartına tabi kıldığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle TCK m. 54/1’deki “kişilere” ibaresi daraltıcı yoruma tabi tutulmalı ve eşyanın fail/şerik dışındaki iyiniyetli ‘bir’ kimseye ait olması, müsadere kararının uygulanmaması bakımından yeterli görülmelidir. Esasen aşağıda¹⁰⁹ gerekçesiyle ortaya konulacağı üzere eşya üzerinde birden fazla kişinin pay sahibi olduğu ve bunlardan yalnızca bir veya birkaçının iyiniyetli olduğu durumlarda, iyiniyetli olmayan ortaklara ilişkin payın TCK m. 54/1’deki “*iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmama*” koşulunun sağlanmadığı gerekçesiyle müsadereye tabi tutulmasına imkân bulunmadığı kanaatindeyiz.

107 Mahmutoğlu ve Karadeniz (n. 34) 1269.

108 Her ne kadar burada “işlediği” ibaresine yer verilse de TCK m. 54/6’da eşya üzerinde pay sahibi olan kişilerden sadece suça “iştirak eden” kişiye ait payın müsadere edilebileceği belirtilmiştir. TCK m. 54/6 hükmündeki “iştirak eden” ibaresi teknik anlamıyla yoruma tabi tutulduğunda, pay sahibi kişinin yalnızca başkalarıyla birlikte suç işlediği hallerde payının müsadereye tabi tutulabileceği gibi kanun koyucunun arzu etmediği bir yorum tarzıyla karşılaşılması mümkündür. Bu nedenle sözü edilen hükümdeki “iştirak eden” ibaresi genişletici yoruma tabi tutulmalı ve hem “suçu işleyen” hem de “işlenen bir suça iştirak eden” kişileri kapsayacak biçimde anlaşılmalıdır. İştirak kavramının ceza hukukundaki anlamı için ayrıca bkz. Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak* (1. Baskı, Yetkin 2009) 23 vd.; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (1. Baskı, On İki Levha 2017) 43 vd.

109 Bkz. “Üçüncü Kişi Kavramı” (IV-A) başlığı altında yer verilen açıklamalar.

IV. İYİNİYETLİ ÜÇÜNCÜ KİŞİ[LER]E AİT OLMAMA KOŞULUNUN İÇERİĞİ

A. ÜÇÜNCÜ KİŞİ KAVRAMI

Yukarıda, bireylerin suçtan sorumlu tutulabilmeleri için hangi niyetle/saikle hareket ettiklerinin kural olarak önemli olmadığı ve dolayısıyla fail ile şeriklerin iyiniyetli olmalarının kendileri hakkında müsadere tedbiri uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmişti. Bu ifadelerden ortaya çıkan ilk sonuç, TCK m. 54/1'de yer verilen "üçüncü kişi[ler]" ibaresinin fail ve şerik dışındaki kişilere işaret etmesidir^{110,111}. Söz konusu açıklamalardan çıkarılabilecek bir diğer netice ise müsadere kararı verilmeden önce eşyanın kime ait olduğunun -daha doğru bir ifadeyle fail veya şerike ait olup olmadığı- belirlenmesi zorunluluğudur^{112,113}. Gerçekten normal koşullarda suçu işleyen veya suça iştirak eden kişilerle bağlantılı bir biçimde uygulanabilen müsadere kararının¹¹⁴ fail ve şerik dışındaki kişilerle ilgili tatbikte ilave koşul gerektirmesi, müsadere kararı verilmeden önce eşyanın kime ait olduğunun tespit edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, eşyanın "suçun işlenmesinden önce" (suç tarihinde¹¹⁵) kime ait olduğu belirlenmeli¹¹⁶ ve müsadere kararı, şeyin aidiyeti göz önünde

110 Gökan ve Artuç (n. 36) 1926.

111 Hemen belirtmek gerekir ki burada yer verilen ifadeler, üçüncü kişi[ler]e ait eşyaların müsadere edilmesine imkân sağlanmasının tarafımızca da desteklediği biçiminde yorumlanmamalıdır. Yukarıda ifade edildiği ve aşağıda tekrar tartışma konusu yapılacağı üzere Kanun'da üçüncü kişi[ler]e ait eşyaların müsadere edilebileceğinin düzenlenmiş olması, bünyesinde çeşitli problemler barındırmaktadır. Bu noktada, bahsi geçen cümleyle yer verilmesiyle amaçlanan hususun öğretideki genel kanaate atıf yapmak olduğu özellikle belirtilmelidir.

112 Gedik (n. 29) 151.

113 "5237 sayılı Kanun'un 54. maddesi hükmü uyarınca suçta kullanılan eşyaların iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla müsadere edilebileceği gözetilerek, Eyiüp İlçe Emniyet Müdürlüğü'nün 09.02.2007 tarihli yazısına göre, suçta kullanılan iddia olunan 34 AL 9131 plakalı aracın S.D. adına kayıtlı olduğu bildirilmiş, sanık M.T. ise aşamalarda aracın sahibi konusunda farklı beyanlarda bulunmuş, tanık D.T. ise aracı sanığın abisine aldığı beyan etmiş olması karşısında; mevcut çelişkinin giderilmesi, duraksama halinde S.D'nin de dinlenmesi ve araç sahibinin kesin olarak saptanmasına müteakip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..." Yargıtay 5 CD, E 2007/14098 K 2008/616, 04.02.2008 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023; "Suça konu kaçak eşyanın müsadere kararının verilmemesi ve suçta kullanılan nakil aracının iyi niyetli üçüncü kişiye ait olup olmadığının tespiti için kayıt malikinin duruşmaya çağrılıp dinlenmeden müsadere kararı verilmesi" Yargıtay 7 CD, E 2021/13213 K 2021/14076, 21.10.2021 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023; "Sanıkların savunmalarında Diyarbakır'dan tanımadıkları bir kişiden kiraladıkları araca Van ilinden kaçak sigara yüklediklerini ve kira kontratı yapmadıklarını beyan etmeleri, kayıt maliki ise beyanında, nakil aracını Ergani'de oto galericilik yapan bir şahsa sattığını belirtmesi ve "M. Oto Galeri" adına düzenlenen harici satış sözleşmesini sunması karşısında, malen sorumlunun ifadesinde belirttiği galeri sahibi dinlenilerek iyiniyetli üçüncü kişi durumunda olup olmadığının tespit edilmesi, yine araca ait vergi kayıtları ve varsa trafik cezalarının kimin adına olduğunun kolluk marifetiyle araştırılarak aracın fiilen kim tarafından kullanıldığının belirlenmesi ile sonucuna göre aracın müsadere edilip edilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir" Yargıtay 7 CD, E 2021/20534 K 2021/16539, 06.12.2021 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

114 Özgenç (n. 13) 991.

115 "...Davaya konu nakil aracının iyi niyetli üçüncü kişiye ait olup olmadığının tespiti bakımından, Emniyet Müdürlüğü'nden suç tarihindeki aracın tescil evrakları istenilip, kayıt maliki dinlenilerek, aracı hangi sebeple sanığa verdiği belirlenmeden ve dava konusu nakil aracına ilişkin sanığın savunması da birlikte değerlendirilerek, aracın iyi niyetli üçüncü kişiye ait olup olmadığı belirlendikten sonra müsadere kararına ya da iadesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, doğru değildir..." Yargıtay 7 CD, E 2018/17842 K 2021/7028, 31.05.2021 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

116 Yıldırım ve Duman (n. 35) 161.

bulundurularak verilmelidir¹¹⁷. Zira eşya fail veya şerike ait ise iyiniyetli olmama koşulu tartışılmadan müsadere kararı verilebilecek; eşyanın üçüncü bir kişiye ait olduğu hâllerde ise diğer şartlara ek olarak “iyiniyetli olmama”, varlığı gerekli bir koşul olarak araştırılmak zorunda kalınacaktır.

TCK m. 54/1’de yer verilen “üçüncü kişi” tabirinin fail ve şeriki dışlayacak biçimde anlaşılması, bahsi geçen ibarenin içeriği ile ilgili bütün muğlaklıkları gideren bir hüviyeti haiz değildir. Bu noktada üzerinde özellikle durulması gereken hususlardan biri de mağdurun “üçüncü kişi” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Kuşkusuz bahsi geçen tartışma konusuyla ilgili yorum yapılırken, TCK m. 54’te kazanç müsaderesine ilişkin koşulların düzenlendiği TCK m. 55/1’in son cümlesine paralel bir düzenlemeye yer verilmemesi de göz önünde bulundurulmak zorundadır. Bilindiği üzere TCK m. 55/1’in son cümlesinde kazanç müsaderesi kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerektiği belirtilmiştir. TCK m. 54/1’de ise eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerektiğinin belirtilmesiyle yetinilmiş; eşyanın mağdura ait olması ihtimaliyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada, iyiniyetli üçüncü kişi tabirinin mağduru da kapsayan bir içeriğe sahip olduğu ve dolayısıyla TCK m. 54/1’de mağdurdan ayrıca bahsedilmesine gerek olmadığı söylenebilir¹¹⁸. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere öğretilerdeki yazarların bir kısmı, TCK m. 54’te kullanılan “üçüncü kişi” ibaresinin fail ve şerik dışındaki kişilere işaret ettiği yönünde kanaat bildirmektedir¹¹⁹.

Ancak bize göre “üçüncü kişi” ile kastedilen, fail/şerik ile mağdur/suçtan zarar gören dışındaki kişilerdir. Zira üçüncü kişi deyimi, iki tarafın bulunduğu bir ilişkinin dışında kalan bireyleri kastederken kullanılmaktadır. Suç teşkil eden eylem, bu anlamda fail ile mağdur arasında gerçekleştiğine göre üçüncü kişi kavramının mağduru/suçtan zarar göreni¹²⁰ kapsayacak biçimde anlaşılmasına imkân bulunmamaktadır. Kuşkusuz burada yer verilen ifadeler, mağdura/suçtan zarar görene ait eşyaların suçun işlenmesinde kullanılması durumunda müsadere yoluna gidilebileceği biçiminde de yorumlanmamalıdır¹²¹. Ancak mağdura/suçtan zarar görene ait eşyaların müsadere

117 “...Suça konu kaçak eşyanın değeri ile suçta kullanılan nakil aracın değeri gözetilerek 5237 Sayılı Kanun’un 54. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca nakil aracın müsaderesinin hakkaniyete aykırı olmadığı anlaşılmalı; dava konusu nakil aracı yönünden malen sorumlu şirket yetkililerinin usulüne uygun tebligat ile duruşmadan haberdar edilip dinlenilmesinin ardından davaya katılma hakkı tanınarak iyiniyetli üçüncü kişi durumunda olup olmadığının tespit edilmesi, sonucuna göre aracın müsadere edilip edilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi...” Yargıtay 7 CD, E 2019/8323, K 2023/1922, 01.03.2023 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2023.

118 Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Gökcan ve Artuç (n. 36) 1926.

119 Öztürk ve Erdem (n. 12) 596; Özgenç (n. 13) 991; Zafer (n. 6) 576; Centel, Zafer ve Çakmut (n. 39) 733.

120 Tam bu noktada, mağdur ile suçtan zarar gören sıfatlarının aynı kişide birleşmediği suç tipleri bakımından aksi yöndeki sonuca ulaşılabileceği ve dolayısıyla suçtan zarar görenin kimi olaylarda üçüncü kişi kapsamında değerlendirilebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin kasten öldürme suçunda, öldürülen kişinin eşi mağdur sıfatına sahip olmadığı için “üçüncü kişi” kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu nedenle söz konusu paragrafta yer verilen “suçtan zarar gören” ibaresi, mağdur ile suçtan zarar gören sıfatlarının aynı kişide birleştiği durumları içerecek biçimde anlaşılmalıdır. Mağdur ile suçtan zarar gören sıfatlarının aynı kişide birleşmediği olaylarda ise suçtan zarar gören kapsamında değerlendirilmesi muhtemel olan kişiye ait eşyanın müsadere edilip edilmeyeceği, bu kişi açısından suça iştirake ilişkin koşulların oluşup oluşmadığına göre belirlenmelidir. Mağdur ile suçtan zarar gören kavramları, bu kavramlar arasındaki farklar ve bu sıfatların aynı kişide birleşebileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. Hakeri (n. 23) 122; Özen (n. 89) 298; Akbulut (n. 24) 384-385; Dülger (n. 6) 430.

121 Mağdur ve suçtan zarar görene ait eşyaların da müsadere konusu yapılamayacağı hususunda bkz. Gedik (n. 29) 153.

edilemeyeceği yönündeki sonuca, “üçüncü kişi” ibaresinin mağduru da/suçtan zarar göreni de kapsadığı yönündeki kabulden değil, yorum yoluyla ulaşılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten, suçtan herhangi bir zarar görmeyen üçüncü kişilerin eşyaları dahi -kural olarak- müsadere edilemediğine göre işlenen suçun mağduruna/suçtan zarar görenine ait eşyaların da evleviyetle müsadere edilmemesi gerekir.

Esasen TCK m. 54/1'deki “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak” ibaresinin 765 sayılı TCK dönemindeki karşılığını teşkil eden “*fiilde methali olmıyan kimselere ait olmamak*” tabiri, öğretide mağdur ve suçtan zarar göreni de kapsayacak biçimde yorumlanmaktaydı¹²². “*Bir işe karışmış bulunmak, bir işte parmağı olmak*”¹²³ gibi anlamlara gelen “*methali olmak*” deyimini, fiile katkı sağlanıp sağlanmadığı kıstasından hareket ettiği için söz konusu yorum tarzının 765 sayılı TCK bakımından yerinde olduğu söylenebilir. Zira fiilin işlenişinden olumsuz yönde etkilenen mağdur, fiilin işlenişine çoğunlukla olumlu katkıda bulunmamaktadır. Ancak TCK m. 54'ün gerekçesinde, kişinin iyiniyetli olup olmadığının belirlenmesine yönelik kriter olarak yalnızca suça iştirak edilip edilmediğine ve dolayısıyla fiile katkı sağlanıp sağlanmadığına değil, suçun işlenişinden haberdar olunup olunmadığına da işaret edilmiştir. Bu nedenle üçüncü kişi tabirinin -en azından TCK m. 54'ün gerekçesindeki ifadeler karşısında- 765 sayılı TCK dönemindeki gibi yorumlanamayacağı kanaatindeyiz. Esasen 765 sayılı TCK m. 36'da “üçüncü kişi” tabirine yer verilmemiş olması da TCK m. 54/1 ile 765 sayılı TCK m. 36/1 arasındaki içerik farklılığına işaret etmektedir.

TCK m. 54/1'de paylı mülkiyete konu eşyanın paydaşlarından yalnızca birinin veya birkaçının iyiniyetli üçüncü kişi konumunda bulunduğu durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak TCK m. 54/6'da birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile suç işlenmesi durumunda yalnızca suça iştirak eden kişinin payının müsadere edilebileceği belirtildiğinden, bu durum bir eksiklik olarak nitelendirilmemelidir. Bu nedenle paydaşlardan birinin ortak mülkiyete tabi eşyayla suç işlemesi yahut işlenen bir suça iştirak etmesi durumunda TCK m. 54/6 tatbik edilmeli ve yalnızca suça katılan suç ortağının payı hakkında müsadere tedbirine başvurulmalıdır.

Esasen burada sorun oluşturabilecek asıl husus, suça iştirak etmeyen paydaşlardan birinin aynı zamanda iyiniyetli olmamasıdır. Bu ihtimalde TCK m. 54/1'deki “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” koşulunun sağlanmadığı gerekçesiyle iyiniyetli olmayan paydaşın payının müsadere edilebileceği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce bu durumda TCK m. 54/6'nın TCK m. 54/1'e göre özel hüküm olduğu kabul edilmeli ve suça iştirak etmeyen kötü niyetli paydaşın payı da müsadere yaptırımının dışında tutulmalıdır. Zira TCK m. 56/6'ya göre birden fazla kişinin paydaş olduğu eşyayla suç işlenmesi durumunda payı müsadere edilecek kişinin mutlaka suça iştirak etmiş olması yahut suçun faili¹²⁴ konumunda bulunması gerekir. Bu vesileyle paydaşlardan birinin payının müsaderesi için TCK m. 54/6'da iştirak koşuluna yer veren kanun koyucunun, paylı mülkiyete tabi olmayan eşyalar bakımından suça iştirak etmiş olma şartına yer vermeyip iyiniyetli olmayan üçüncü kişi kapsamında değerlendirilmeyi yeterli görmesinin kendi içerisinde çelişki oluşturduğu da özellikle

122 Aydın (n. 51) 154.

123 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2023.

124 TCK m. 54/6'da fail kavramı kullanılmadığı hâlde burada failden ayrıca bahsedilmesinin gerekçesi için bkz. 108 numaralı dn.

vurgulanmalıdır. Bütün bunlara ilaveten, paydaşlardan bir veya birkaçının fail/şerik, diğer[ler]inin ise mağdur sıfatına sahip olduğu durumlarda da suçun mağduruna ait payın TCK m. 54/6'nın uygulanması suretiyle müsaderenin kapsamı dışında bırakılması gerektiği ifade edilmelidir. Esasen TCK m. 54/6 hükmü ihdas edilmiş olmasaydı dahi mağdura ait eşyaların müsadere edilemeyeceğine ilişkin olarak yukarıda yer verilen gerekçelerden hareket edilerek aynı sonuca ulaşılabilecekti.

TCK m. 54/1 ve m. 54/6 arasındaki ilişki bakımından tartışma konusu yapılabilecek bir diğer husus, elbirliği mülkiyetine tabi eşya ile suç işlenmesi durumunda iyiniyetli pay sahibinin payının müsadere edilip edilemeyeceğidir. Kuşkusuz bahsi geçen sorunla ilgili çözüm şekli, TCK m. 54/6'daki düzenlemenin “*elbirliği mülkiyeti*”ni kapsayacak biçimde anlaşılıp anlaşılamayacağına bağlı olarak farklılık arz edecektir. Zira doktrinde, TCK m. 54/6'da yer verilen düzenlemenin paylı mülkiyete ek olarak elbirliği mülkiyetini de içerecek biçimde anlaşılıp anlaşılamayacağı konusunda değişik fikirler ileri sürülmektedir.

Öğretideki bir görüşe göre TCK m. 54/6'daki düzenlemenin elbirliği mülkiyetine şamil olacak şekilde yorumlanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle elbirliği mülkiyetinin söz konusu olduğu durumlarda, eşyanın tamamı müsadere edilmeli ve fakat iyiniyetli üçüncü kişilerin payları tutarındaki para miktarı kendilerine iade edilmelidir¹²⁵. Aksi yöndeki görüşü savunan yazarlar ise TCK m. 54'ün gerekçesinde yer verilen “*altıncı fıkrada ise, müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan eşyanın müsaderesi düzenlenmiştir*” biçimindeki ifadeden yola çıkarak her iki durumda da yalnızca suça iştirak eden kişinin payının müsaderesi yoluna gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. Konu hakkındaki üçüncü görüşe göre ise iştirak hâlinde mülkiyetin mevcut olduğu durumlarda, ilkin eşya üzerinde hakkı bulunan kişilerin rızalarıyla ortak mülkiyetin giderilmesine çalışılmalı; bu konuda başarılı olunamaması durumunda ise TCK m. 54/2'den hareketle müsaderenin imkansızlığı kabul edilerek fail veya şerikin eşya üzerindeki hakkının değeri kadar para tutarının müsaderesi yoluna gidilmelidir¹²⁷. Kanaatimizce de elbirliği mülkiyetinde ortakların “belirlenmiş payları” bulunmadığından¹²⁸ bu olasılıkta TCK m. 54/6'nın uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle sözü edilen ihtimalde eşyanın müsaderesinin hukuki¹²⁹ nedenlerle imkânsız olduğu neticesine varılmalı ve sorun TCK m. 54/2 hükmü uygulanarak çözümlenmelidir.

TCK m. 54/1'de yer verilen “üçüncü kişi” tabiri ile bağlantılı olarak tartışılması gereken hususlardan biri de tüzel kişilere ait eşyaların suç işlenmesi durumunda müsadere kararı verilip verilemeyeceğidir. Şüphesiz, tüzel kişiye ait bir eşya ile tüzel kişi yararına suç işlendiği durumlarda, müsadere tedbirinin tatbik edilmesi mümkündür¹³⁰. Bununla birlikte, tüzel kişiye ait eşyanın tüzel kişinin yararına olmayan bir suçta kullanıldığı olaylarda müsadereye başvurulmamalıdır. Üstelik bu nitelikteki

125 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 36) 662.

126 Acar (n. 26) 254; Altuğ (n. 31) 196; Gedik (n. 29) 174; Certel (n. 41) 33.

127 Soygüt Arslan (n. 44) 374.

128 Bkz. Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 701/2.

129 TCK m. 54/2'nin müsadereye ilişkin karar verilmesinin “hukuki” veya “fiili” nedenlerle imkânsız olduğu durumlarda uygulanabileceği hakkında bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 36) 665.

130 Nitekim TCK m. 60/2'de de tüzel kişi yararına suç işlendiği durumlarda müsadere tedbirinin uygulanabileceği açıkça ifade edilmiştir: “*Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır*”.

eşyayı suçta kullanan gerçek kişi, tüzel kişinin temsilcisi dahi olsa aynı sonuca ulaşılmalıdır. Örneğin bir anonim şirketin temsilcisinin sokakta karşılaştığı düşmanına şirketin kendisine tahsis ettiği motosikletle kasten çarpıp onu öldürmesi durumunda, motosiklet müsadere edilmemelidir. Zira TCK m. 60/2'ye göre tüzel kişiler hakkında müsadere tedbirinin uygulanabilmesi için suçun mutlaka tüzel kişi yararına işlenmiş olması gerekir¹³¹. Yukarıda verilen örnekte ise suç tüzel kişi yararına değil, bireysel gerekçelerle işlenmiştir. Bununla birlikte, suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren failin tüzel kişinin ortakları arasında bulunması durumunda, müsadere tedbirinin tüzel kişilikteki payıyla orantılı bir biçimde uygulanabileceği de gözden kaçırılmamalıdır¹³².

B. AİT OLMAMAK İFADESİNİN İÇERİĞİNİN YORUMLANMASI

İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulunun içeriği kapsamında yorumlanması gereken hususlardan biri de “ait olmamak” ibaresidir. Kanaatimizce olumsuz bir anlam içeren “ait olmamak” ifadesinin muhtevasının sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi, bahsi geçen ibarenin olumlu biçimi olan “ait olmak” kavramının ortaya konulmasıyla mümkündür. Bu bağlamda çözülmesi gereken ilk problem, *Güncel Türkçe Sözlük*'te “birinin olmak” ve “birine düşmek” biçiminde tanımlanan¹³³ “ait olmak” fiilinin mülkiyet ile eşdeğer biçimde anlaşılıp anlaşılamayacağıdır.

Konu hakkında doktrinde ağırlıklı olarak savunulan ilk görüş, TCK m. 54/1'de yer verilen ait ol[ma]mak fiilini mülkiyetle bağlantılı bir biçimde değerlendirmeye tabi tutmaktadır¹³⁴. Bu görüş benimsendiğinde, malik iyiniyetli olmasına rağmen zilyet iyiniyetli değilse eşya müsadere edilemeyecektir. Tersini durumda, yani malikin iyiniyetli olmamasına karşın zilyedin iyiniyetli olduğu hâllerde ise eşyanın müsadere yoluna gidilebilecektir.

Tartışma mevzumuzla bağlantılı olarak ileri sürülen bir diğer fikre göre ise “ait ol[ma]mak” fiili, mülkiyet ve zilyetliği içerecek bir biçimde anlaşılmalıdır¹³⁵. Bu kabulden hareket edildiğinde ise malik ya da zilyetten herhangi birisinin iyiniyetli olmadığı olaylarda müsadere tedbiri uygulanabilecektir.

Kanaatimizce “ait ol[ma]mak” eylemi ile ilgili değerlendirme yapılırken aşağıdaki ihtimaller göz önünde bulundurulmalı ve müsadere tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı bu ihtimallere göre belirlenmelidir:

131 Özen (n. 89) 884; Akbulut (n. 24) 924.

132 “...Müsadere karar verilen ... plakalı nakil aracının, dosya içerisinde bulunan ruhsat kaydına göre ... Gıda Pazarlama İnşaat Tarım Hayvancılık İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi üzerine kayıtlı olduğu, sanık ...'in beyanlarından ve dosya içerisinde bulunan 20.10.2011 tarihli Bursa Ticaret ve Sanayi Odası'nın düzenlemiş olduğu belgeye istinaden şirket yetkilisinin sanık ... olduğu görülmekle, ruhsat sahibi olarak görünen ... Gıda Pazarlama İnşaat Tarım Hayvancılık İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin ortaklık durumunun ticaret sicilinden araştırılarak sonucuna göre sanık ...'in şirketteki payı oranında müsadere karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yargıtay 7 CD, E 2019/3410 K 2021/10656, 22.09.2021 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 30 Ağustos 2023.

133 <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023.

134 Mahmutoğlu ve Karadeniz (n. 34) 1271; Akbulut (n. 24) 898; Gökcan ve Artuç (n. 36) 1930; Okuyucu Ergün (n. 34) 177.

135 Hafizoğulları ve Özen (n. 17) 501.

(i) Eşya müsaderesinin bir ceza hukuku yaptırımı olması, [iyi]niyetine sonuç bağlanacak kişi ile eşya arasında hukuken geçerli asgari bir bağın kurulmasını gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle müsadereye, yalnızca eşya üzerinde hukuki bir egemenlik kuran kişilerin davranışları sebebiyle başvurulmalıdır. Bu nedenle ait ol[ma]mak ibaresi ile ilgili yorum yapılırken haksız zilyedin¹³⁶ niyeti/davranışı dikkate alınmamalıdır. Örneğin bir hırsızın çaldığı eşya ile suç işlemesi durumunda -haksız zilyet konumundaki hırsız iyiniyetli olmamasına rağmen- eşyanın müsaderesi yoluna gidilmemelidir. Aynı şekilde, eşya geçici olarak kendilerine bırakılan ve dolayısıyla malik ve/veya zilyet sıfatını taşımayan kişilerin davranışları/niyetleri de müsadere kararına dayanak yapılmamalıdır. Örneğin, emniyet binasına girerken ruhsatlı silahını görevli polis memuru B'ye kısa bir süre için teslim eden A'nın bu silahının polis memuru B tarafından yaralama/öldürme suçunun işlenmesinde kullanılması hâlinde, müsadere tedbiri uygulanmamalıdır. Aksi hâlde, müsadere tedbirine başvurulup başvurulmayacağı, malik/zilyet dışındaki bir kişinin davranışına göre belirlenmiş olunacak ve dolayısıyla malikin/zilyedin bir başkasının fiilinden sorumlu tutulması neticesiyle karşılaşılabilecektir.

(ii) Hem malikin hem zilyedin iyiniyetli olmadığı durumlarda, diğer koşullar da mevcutsa eşyanın müsaderesine karar verilmelidir. Malik ve zilyedin iyiniyetli olması ihtimalinde ise müsadere tedbiri uygulanmamalıdır. Esasen bir sonraki ihtimalle ilgili olarak aşağıda yer verilen ifadelerden de anlaşılacağı üzere yalnızca malikin iyiniyetli olması, müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanmaması için yeterli görülmelidir.

(iii) Burada ortaya çıkabilecek bir diğer olasılık, yalnızca zilyedin iyiniyetli olmamasıdır. Kanaatimizce bu ihtimal ile ilgili kanaat belirtirken dikkate alınması gereken en önemli husus, müsaderenin mülkiyet hakkına yönelen bir tedbir olmasıdır¹³⁷. Müsadere ile eşya üzerindeki mülkiyet hakkı malikten devlete/kamusal makamlara geçtiğine¹³⁸ göre bu tür durumlarda zilyedin değil, malikin iyiniyetli olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi hâlde malik bir başkasının (zilyedin) fiilinden/niyetinden sorumlu tutulmuş olacaktır. Dolayısıyla zilyedin malike ait eşyanın suçta kullanıldığından haberdar olmasına rağmen malikin iyiniyetli olduğu olaylarda müsadere tedbiri uygulanmamalıdır. Nitekim Yargıtay da benzer olaylarda müsadere tedbirinin uygulanamayacağına hükmetmektedir¹³⁹. Tersî durumda, yani zilyedin iyiniyetli olduğu ve fakat malikin iyiniyetli olmadığı

136 Zilyetliğin, bir hakka dayanıp dayanmamasına göre haklı zilyetlik-haksız zilyetlik biçiminde ikili ayrıma tabi tutulduğu ve bu ayrımın, zilyetliğin korunmasında önem taşıdığı hususunda bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (24. Bası, Filiz 2022) 57.

137 Müsaderenin mülkiyet hakkına yönelen bir tedbir niteliğinde olduğu hususunda bkz. Topaç (n. 36) 48; Günler (n. 33) 850 ve 857.

138 Mahmutoğlu ve Karadeniz (n. 34) 1255.

139 "...Malen sorumlu ...in 31 Z... plakalı nakil aracını cezaevine girerken babası sanık ...e bıraktığını ve aracın kaçakçılık suçunda kullanılmasından bilgisi olmadığını belirttiği cihetle, malen sorumlunun suçun işlendiğinden haberdar olduğuna dair delil elde edilemediğinin anlaşılması karşısında, TCK'nun 54. maddesi uyarınca iyi niyetli üçüncü kişilere ait eşyanın müsadere edilemeyeceği gözetilmeden nakil aracının sahibine iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi..." Yargıtay 7 CD, E 2018/18903 K 2021/6957, 31.05.2021 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15 Eylül 2023; "...Kayden araç maliki olan

hâllerde ise müsadere tedbirine başvurulabileceği kabul edilmelidir. Örneğin iki aylığına B'ye kiralandığı otomobilinin yedek anahtarını B'nin haberi olmadan A'ya vererek, A'nın söz konusu aracı uyuşturucu naklinde kullanmasına izin veren C'nin aracının, diğer koşullar da mevcut ise müsadere edilmesi gerekir.

Kuşkusuz, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olup olmadığı medeni hukuk kaidelerinden yola çıkılarak belirlenecektir. Bu noktada, eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile ilgili olarak belirsizlik ortaya çıktığında, yargılama makamı tarafından CMK m. 218/1'deki usullerden birinin uygulanması suretiyle malikin belirlenmesinin mümkün olduğu da özellikle vurgulanmalıdır.

TCK m. 54/1'de yer verilen ait ol[ma]mak ibaresi ile bağlantılı olarak tartışılması gereken önemli hususlardan biri de mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışa konu edilen eşyaların durumudur. Keza taksitle satışın konusu yapılan taşınır eşyalar bakımından iyiniyetine sonuç bağlanması gereken kişinin belirlenmesi de söz konusu ibare ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi icap eden bir diğer konudur.

Bilindiği üzere mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapıldığı durumlarda, eşyanın mülkiyeti tarafların üzerinde anlaştıkları bir şart gerçekleşene kadar satıcıda kalmaktadır. Söz konusu şart ise çoğunlukla satış bedelinin tamamının ödenmesidir^{140, 141}. Taksitle satışta ise sözleşme konusu eşyanın bedelinin tamamı ödenmediği hâlde malın mülkiyeti teslimle alıcıya geçmektedir.¹⁴² Kanaatimizce bahsi geçen her iki satış türünde de yukarıda aktarılan ana kaideden ayrılmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle bu durumlarda müsadere tedbirine başvurulup başvurulamayacağı belirlenirken alıcının sözleşme sonucunda eşyanın mülkiyetini kazanıp kazanmadığı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapan kişinin iyiniyetli olmasına rağmen alıcının iyiniyetli olmadığı durumlarda müsadere yoluna gidilmemelidir^{143, 144}. Taksitle satışta ise alıcı teslimle mülkiyeti kazandığından, müsadere kararı verilirken satıcının değil, alıcının iyiniyetli olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapan satıcının satım sözleşmesinden önce eşyayla suç

...ın usulüne uygun tebligat ile duruşmadan haberdar edilip dinlenilmesinin ardından davaya katılma hakkı tanınması, malen sorumlunun iyiniyetli üçüncü kişi durumunda olup olmadığı tespit edilerek, suçla konu aracın müsadere hususunda 5607 Sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen müsadere şartlarının da değerlendirilmesinden sonra şartların oluştuğunun kabul edilmesi halinde 5237 Sayılı TCK'nun 54/3. maddesi uyarınca müsadere hakkaniyete uygun olup olmadığı da tartışılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yargıtay 7 CD, E 2019/3424 K 2021/10026, 08.09.2021 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15 Eylül 2023.

140 Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n. 136) 865-866.

141 "...Dava üçüncü kişinin istihkak iddiasına ilişkindir. Davacı, ihtilaf konusu taşınmazı mülkiyeti muhafazalı olarak borçluya sattığını, mülkiyetin henüz borçluya geçmediğini iddia ederek haczin kaldırılması talep etmiştir. Mülkiyeti muhafazalı satışlarda ancak satış bedelinin tamamı ödendikten sonra mülkiyet alıcıya geçer. Somut olayda, satış bedelinin ödendiği iddia ve ispat edilmemiştir. Açıklanan hususlar göz önünde tutularak davanın kabulü gerekirken aksi düşünce ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır..." Yargıtay 21 HD, E 2005/113335 K 2005/11602, 15.11.2005 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 21 Eylül 2023.

142 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (1. Baskı, Turhan 2019) 148.

143 Acar (n. 26) 237; Dalkılıç (n. 31) 77-78; Gedik (n. 29) 185.

144 Müsadere edilecek şeyin müsadere kararından önce bu işlemde etkilenecek kişiye ait olmasının gerektiği, bu açıdan resmi yasal konumun belirleyici olduğu ve dolayısıyla mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış gibi durumların da bu minvalde önem taşıdığı yönündeki açıklamalar için ayrıca bkz. Gropp (n. 1) 560.

işlemesi ve satımın suç işlendikten sonra gerçekleştirilmesi ihtimalinde, -mülkiyet alıcıya geçmeden önce- müsadere tedbirinin uygulanabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Keza, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışın TMK m. 764'teki şekle uyulmadan gerçekleştirildiği ve bu nedenle sözleşme konusu malın mülkiyetinin, bedelin tamamının ödenmesiyle değil de teslimle alıcıya geçtiği durumlarda¹⁴⁵, zilyetliğin devrinden sonraki süreçte alıcının iyiniyetli olup olmadığına göre müsadere tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda karar verilmesi gerektiği özellikle belirtilmelidir.

Ait ol[ma]mak ibaresi bakımından özellik arz eden ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan problemlili hususlardan biri de mevzuatta öngörülen şekle bağlı kalınmadan (haricen) satışı/devri gerçekleştirilen motorlu taşıtların durumudur. Bilindiği üzere Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m. 20/1-d hükmüne göre motorlu araçların satış ve devrinin noterler tarafından yapılması gerekmektedir. Aksi hâlde yapılan satış ve devirler geçersiz sayılmakta ve dolayısıyla aracın mülkiyeti alıcıya geçmemektedir. Aracın mülkiyetinin KTK m. 20/1-d hükmündeki koşula riayet edilmemesi sebebiyle alıcıya geçmemesi ise söz konusu araçla suç işlenmesi durumunda müsadere tedbirine başvurulup başvurulamayacağının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Nitekim doktrinde, KTK m. 20/1-d hükmüne uyulmadan gerçekleştirilen bir satış sözleşmesi ile motorlu aracın zilyetliğinin devredildiği ve satıcının söz konusu araçla suç işlendiğinden haberdar olmadığı hâllerde müsadere tedbirinin uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴⁶. Yargıtay ise özellikle son dönemlerde verdiği kararlarda, haricen satılan motorlu taşıtların da belli koşullara bağlı olarak müsadere edilebileceğine hükmetmektedir¹⁴⁷.

Kanaatimizce satışı/devri haricen gerçekleştirilen araçlarla suç işlenmesi durumunda müsadere tedbirinin uygulanıp uygulanamayacağı aşağıdaki ihtimaller göz önünde bulundurularak belirlenmelidir:

145 TMK m. 764'te mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışın “*ancak resmi şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle*” geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle Yargıtay, TMK m. 764 hükmüne uygun olarak yapılmayan sözleşmelerde, malın mülkiyetinin satış bedelinin tamamının ödenmesiyle değil, zilyetliğin devriyle karşı tarafa geçeceğine hükmetmektedir: “...*Medeni Yasa'nın 764. maddesi hükmünce mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan satış sözleşmeleri ancak resmi şekilde yapılacak, sözleşmenin devralan alıcının yerleşim yeri noterliğindeki özel sicile kaydedilmesiyle geçerli olur. Bu hükümlerle getirilen yetki ve biçim koşulu geçerlilik şartı olup mahkemece bu yönün kendiliğinden gözönünde bulundurulması zorunludur. Mülkiyeti saklı tutmalı satış, yetki ve biçim koşuluna uygun yapılmamışsa geçersiz olacaktır; menkul niteliğindeki makinaların teslimiyle mülkiyetlerinin borçluya geçtiğinin kabulü gerekir. Dava dayanağı sözleşme İzmir 2. Noterliğince düzenlenme şeklinde yapıldığı anlaşılmakta ise de sözleşmenin yerleşim yerindeki özel sicile kaydının yapıp yapılmadığı belli değildir. Mahkemece öncelikle borçlunun ticari ikametgah adresi belirlenerek, bu adresteki noterin özel siciline kaydı araştırılarak mülkiyeti saklı tutma satışın geçerli olup olmadığının saptanması gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...*” Yargıtay 21 HD, E 2004/4198 K 2004/5109, 25.05.2004 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 21 Ekim 2023.

146 Yılmaz (n. 35) 90-91.

147 “...*Saniğin suç tarihinden kısa bir süre önce haricen satın aldığı ve borcunun bir bölümünü ödediği, diğer kısmını ise taksite bağladığı ancak ruhsatını üzerine almadığı kamyonu, benzin deposunu çıkarıp içerisinde zula tabir edilen gizli bölmesi bulunan depoyu takip uyuşturucu madde nakli suçunda kullanması, üzerine atılı suçu ikrar etmesi, aracın kayıt malikinin de söz konusu aracı saniğe haricen satın teslim ettiğini, ancak kaydını devretmediğini, parasının bir kısmını aldığını, kalanın taksitle ödeneceğini, aracın suçta kullanıldığını duyduğunu beyan etmesi karşısında, söz konusu aracın müsaderesine karar verilmelidir...*” Yargıtay CGK, E 2013/10-56 K 2013/364, 17.09.2013, aktaran: Gökcan ve Artuç (n. 36) 1965-1966; “...*Suçta konu kaçak eşyanın naklinde kullanılan aracı, saniğin haricen satın aldığına ilişkin beyanı ile taşımanın kaçak eşyanın miktar ve hacim itibarıyla aracın taşıma kapasitesinin ağırlıklı bölümünü oluşturduğu gözetilmeksizin aracın müsaderesi yerine iadesine karar verilmesi...*” Yargıtay 7 CD, E 2010/1069 K 2012/31247, 12.12.2012, aktaran: Taneri (n. 31) 149.

(i) Hem satıcının hem de alıcının iyiniyetli olduğu durumlarda aracın müsadereğine hükmedilmemelidir. Buna karşılık alıcı ve satıcıdan her ikisinin de iyiniyetli olmaması ihtimalinde -diğer koşullar da mevcutsa- aracın müsadereğine karar verilmelidir.

(ii) Burada sorun oluşturabilecek asıl husus, alıcı ve satıcıdan yalnızca birisinin iyiniyetli olmasıdır. Kuşkusuz bahsi geçen durumda, resmi sicile bakılarak araç üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişinin belirlenmesi ve bu kişinin iyiniyetli olup olmadığına göre müsadere tedbirinin tatbiki hususunda karar verilmesi mümkündür. Esasen bahsi geçen soruna pozitif hukuk açısından yaklaşıldığında izlenmesi gereken yöntem de budur. Ancak bu kabul, bazı durumlarda ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğe ulaşma biçimindeki gayesiyle uyuşmayan neticelerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Örneğin aracın muvazaalı içermeyen bir sözleşme ile haricen satılmasından sonra satıcının haberi ve iştiraki olmadan bizzat alıcının araçla suç işlemesi durumunda, yalnızca resmi sicile bakılarak hareket edilmesi, müsadere tedbirinin uygulanmasını engelleyecek; bu kabulden hareket edilmesi ise hem maddi gerçeğe uyuşmayacak hem de müsadere edilmeyen aracın yeni suçların işlenmesinde kullanılması tehlikesinin bertaraf edilmesini önleyecektir. Bu nedenle haricen devredilen motorlu araçların müsadere edilip edilmeyeceği tartışılırken önce satışın muvazaalı bir işlem olup olmadığı tespit edilmeli ve bu tespit sonucuna göre tedbirin tatbik edilebilirliği hakkında karar verilmelidir. Buna göre; muvazaalı olmayan bir biçimde devralınan aracın “devir işleminden sonra” suçta kullanılması ve alıcının da iyiniyetli olmadığı durumlarda, salt satıcının iyiniyetine dayanılarak müsadere kararı verilmesinden imtina edilmemelidir. Aracın muvazaalı bir biçimde devredildiği, örneğin malikin haczedilmesini önlemek için aracını göstermelik bir işlemle KTK m. 20/1-d hükmündeki koşula uygun bir şekilde yakın arkadaşına sattığı durumlarda ise satıcı açısından iyiniyetli olmama koşulu sağlanmadıkça müsadere kararı verilmemelidir.

Motorlu taşıtların müsadere ile ilgili olarak yukarıda yer verilen ifadeler, haricen devredilen araçlar bakımından geçerlidir. Bu noktada, araç satışının noter tarafından gerçekleştirilmesinden sonra aracın yeni malik adına tescil edilmemiş olmasının, alıcının motorlu taşıtın mülkiyetini kazanmasına engel olmadığı özellikle ifade edilmelidir. Zira tescil burada kurucu değil, bildirici bir işlem mahiyetindedir¹⁴⁸. Dolayısıyla satışı KTK m. 20/1-d hükmüne uygun olarak noter tarafından gerçekleştirilen ve fakat yeni alıcı adına tescili henüz yapılmayan motorlu araçlar bakımından satıcının değil, alıcının iyiniyetli olup olmadığı belirlenmeli ve müsadere konusunda bu tespit göz önünde bulundurularak karar verilmelidir¹⁴⁹.

148 Gedik (n. 29) 176.

149 Bu konuda ayrıca bkz. Yardımcı (n. 48) 371-372.

C. İYİNİYET KAVRAMININ İÇERİĞİNİN YORUMLANMASI

1. TCK m. 54/1 Hükümünün İlk Cümlesinde Yer Verilen İyiniyet Kavramının Özel Hukuktaki İyiniyet Kavramıyla Bağlantılı Bir Biçimde Değerlendirilmesi

İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşulunun içeriğine dâhil olan ve yukarıda tartışma konusu yapılan “üçüncü kişi” ibaresi, özel hukukta sıklıkla kullanılan bir kavram niteliğine sahiptir. Keza bir önceki başlıkta incelenen “ait ol[ma]mak” deyimi de içeriği özel hukuk kurallarından yola çıkılarak doldurulan bir kavrama işaret etmektedir. “Üçüncü kişi” ve “ait ol[ma]mak” ibarelerinin bu açıdan pozitif hukuk kuralları ışığında yorumlanabilme imkânına sahip olduğu söylenebilir. Keza bu ifade biçimleri, dış dünyada algılanabilen ve dolayısıyla ispatları üçüncü kişiyeye yönelik içsel/ sezgisel bir değerlendirme yapmayı gerektirmeyen mefhumlardır. İyiniyet ise ispatı bakımından niyetine sonuç bağlanacak kişiyeye yönelik içsel bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır¹⁵⁰. Gerçekten, üçüncü kişinin dışa yansıyan bazı davranışlarından iyiniyetli olup olmadığı hususunda subjektif yorumlar yapılabilir ise de bu konuda herkesçe kabul edilebilecek objektif kriterlerin ortaya konulabileceği söylenemez. Ayrıca TCK m. 54/1’de yer verilen “iyiniyet” ibaresinin özel hukuktaki “iyiniyet” kavramı ile örtüşüp örtüşmediği de tartışmalıdır. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında ilkin özel hukukta (özellikle medeni hukukta) kendisine yer bulan iyiniyet kavramı ile ilgili kısa açıklamalar yapılacak; akabinde TCK m. 54/1’deki iyiniyet ibaresinin medeni hukuktaki iyiniyet kavramıyla telif edilip edilemeyeceği tartışma konusu yapılacaktır.

TDK Güncel Türkçe Sözlük’te “*Herhangi bir kimse veya konuda hiçbir kötü düşünce beslememe; sağistem, hüsnüniyet, hüsnüzan*”¹⁵¹ biçiminde tanımlanan iyiniyet, tespit edebildiğimiz kadarıyla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda altmış dört (64) kez kullanılmıştır¹⁵². Keza bahsi geçen kavrama 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da (TTK) yirmi bir (21) kez yer verilmiştir¹⁵³. Kuşkusuz, çalışmamızın asıl konusunu oluşturmamaları nedeniyle mevzuatta iyiniyet kavramına atıf yapan bütün düzenlemelerin incelenmesine imkân bulunmamaktadır. Esasen çalışmamız bakımından önem taşıyan asıl husus da söz konusu kavramın içeriği ile pozitif hukukta üstlendiği fonksiyonun tespitidir. Zira TCK m. 54/1’de yer verilen “iyiniyet” kavramının özel hukuktaki anlamıyla yorumlanıp yorumlanamayacağı, ancak bu kavramın içeriğinin ortaya konulması ve özel hukuktaki fonksiyonunun belirlenmesiyle mümkündür.

İyiniyet kavramı, medeni hukukta subjektif ve objektif iyiniyet olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir¹⁵⁴. Bunlardan objektif iyiniyet, hakların kullanılması ve borçların ifasında

150 TMK m. 3’te yer verilen iyiniyet kavramının, kişinin “iç dünyasına/maneviyatına” ilişkin bir durum olduğu hususunda bkz. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (8. Bası, Beta 2000)159; Hasan Erman, *Medeni Hukuk Dersleri - Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku* (6. Basım, Der 2016) 114.

151 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2023.

152 Örnek için bkz. TMK m. 3, m. 147, m. 157, m. 158, m. 159, m. 190, m. 342, m. 378, m. 566, m. 585, m. 618, m. 639, m. 712, m. 723, m. 763, m. 920, m. 921 ve m. 922.

153 Örnek için bkz. TTK m. 12, m. 128, m. 233, m. 282, m. 484, m. 598 ve m. 611.

154 Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş* (7. Bası, Vedat 2013) 175-176.

göz önünde bulundurulurken¹⁵⁵; subjektif iyiniyet, ‘genellikle’ yeni bir hakkın veya hukuki statünün kazanılıp kazanılmayacağı bakımından dikkate alınmaktadır¹⁵⁶. Bununla birlikte özel hukukta subjektif iyiniyetin korunduğu olgular bakımından birbirinden farklı ihtimallerin ortaya çıkabildiği ve bunlar arasında her durumda ortak bir nokta bulunmadığı da özellikle ifade edilmelidir. Örneğin TMK m. 147/3’teki iyiniyet, karşı tarafın evli olduğunu bilmeden onunla evlenen kişinin evlilik statüsünün sonlandırılmayacağına amir iken; TMK m. 993 hükmündeki iyiniyet, kişiye özel hukuk açısından bir “sorumsuzluk avantajı” sağlamaktadır¹⁵⁷. Keza iyiniyetin koruyucu etkisi bazen tam bazen ise kısmidir¹⁵⁸. Doktrindeki hâkim kanaate göre subjektif iyiniyet¹⁵⁹ TMK m. 3’te; objektif iyiniyet ise “dürüst davranma” başlığı altında TMK m. 2’de düzenlenmiştir¹⁶⁰.

Her ne kadar iyiniyet kavramı medeni hukukta yukarıda belirtildiği şekilde ikili ayrıma tabi tutularak incelense de her iki kavramın temelinde dürüst davranma fikri yatmaktadır¹⁶¹. Zira bir hakkın doğumuna engel teşkil eden hususu bilerek hareket eden, bir başka ifadeyle subjektif açıdan iyiniyetli olmayan bir kimsenin dürüst davrandığından söz edilemez. Nitekim Roma hukukunda bahsi geçen iki kavram “*bona fides*” üst başlığı altında incelenmiştir¹⁶². Ancak subjektif ve objektif iyiniyet arasındaki yakın ilişki, bu kavramların uygulama alanlarının tümünden uyduğu anlamına da gelmemektedir¹⁶³. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere dürüstlük kuralı var olan bir hakkın kullanılması ve borcun ifası ile; iyiniyet ise genellikle bir hakkın kazanılması veya hukuki sonucun meydana gelmesi ile ilgilidir¹⁶⁴.

Dürüstlük kuralına aykırı davranılmasının sonucu TMK m. 2/2’de düzenlenmiştir. Buna göre; hakkını dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanan veya borcunun ifasında¹⁶⁵ bu ilkeye aykırı davranan kişi hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. Eşyanın bir suçun işlenmesinde kullanılması durumunda, bir hakkın kullanılmasından yahut borcun ifasından söz edilemeyeceğinden, TCK m. 54/1’de yer verilen “iyiniyet” ibaresinin TMK m. 2 hükmüyle doğrudan bağlantılı olduğu söylenemez. Esasen her ne kadar dürüstlük kuralı öğretide objektif iyiniyet başlığı altına kavramsallaştırılmakta ise de TMK m. 2’de “iyiniyet” ibaresine yer verilmemiştir. Bu açıdan da TCK m. 54/1’deki iyiniyet kelimesinin

155 Oğuzman ve Barlas (n. 150) 158; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (4. Bası, Legal 2016) 42-43; Ali Yarıyan, *Türk Medeni Hukuku - Temel Bilgiler* (1. Baskı, Yetkin 2013) 158.

156 Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2013) 61.

157 Rona Serozan, *Medeni Hukuk – Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (4. Bası, Vedat 2013) 263.

158 Helvacı ve Erlüle (n. 155) 41.

159 Bundan sonra “iyiniyet” olarak ifade edilecektir.

160 Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (12. Baskı, Seçkin 2016) 163; Hasan Hüseyin Umutlu ve Mehmet Fahrettin Önder, ‘İşçinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Davranışları Nedeniyle İşveren’in İş Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı’ (2020) 2 (2) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Oğuzhan Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 158, 161.

161 Erman (n. 150) 114.

162 Oğuzman ve Barlas (n. 150) 158-159; Talya Şans Uçaryılmaz, ‘Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı Ve Çağdaş Hukuka Etkisi’ (2018) (135) TBB Dergisi 335, 336.

163 Çavdar (n. 96) 164.

164 Erman (n. 150) 114.

165 Esasen TMK m. 2/2’de, borcun ifasında dürüstlük kuralına aykırı davranılmasına doğrudan sonuç bağlanmamıştır. Ancak öğretide, borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralına uymayan kişilerin de hukuk düzeni tarafından korunamayacağı ifade edilmektedir. Söz konusu görüş için bkz. Zeytin ve Ergün (n. 156) 60.

TMK m. 2 hükmündeki dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu nedenle inceleme konumuzu oluşturan “iyiniyet” kavramı, TMK m. 3 hükmündeki iyiniyet ile bağlantılı bir şekilde değerlendirmeye alınacaktır.

Bilindiği üzere, belli bir hakkın nasıl kazanılacağına ve bu hakkın kazanılması sonucunu doğuracak hukuki işlemlerin hangi unsurlara sahip olması gerektiğine ilişkin kurallar, pozitif düzenlemelerde yer almaktadır¹⁶⁶. Ancak bazı durumlarda kişiler, kendilerinde bulunan bilgi eksikliği sebebiyle bir hakkın kazanılmasını engelleyen durumun farkında olmadan hareket edebilirler. İşte iyiniyet, bir hakkı kazanmak amacıyla hareket eden kişinin, hakkı kazanmasına engel olacak bir hukuki eksikliği veya aksaklığı bilmediği durumlarda devreye girmekte ve belirli koşullar gerçekleştiğinde, söz konusu engele rağmen hakkın kazanılması neticesini doğurmaktadır¹⁶⁷. Bir başka ifadeyle iyiniyet, kişinin hakkın kazanılmasına engel olan durumu bilmediği ve bilmesinin gerekmediği durumlarda eksik unsuru tamamlayarak amaçlanan hukuki sonucun gerçekleşmesine hizmet etmektedir¹⁶⁸.

Özel hukukta bir olayı bilmemek (bilgisizlik) veya yanlış bilmek gibi sübjektif bir temele oturtulan iyiniyet¹⁶⁹, kişinin bilgisizliğine/yanlış bilgisine her durumda değer atfedilmesi anlamına gelmemektedir. İyiniyetin bir hakkın kazanılması veya içinde bulunulan hukuki statünün korunması neticesini doğurabilmesi için kişinin bilgisizliğine/yanlış bilgisine ek olarak bu bilgisizliğin mazur görülebilmesi ve mevzuatta iyiniyetli olmanın korunacağına öngörülmüş olması gerekir¹⁷⁰.

Kanaatimizce, medeni hukuk anlamındaki iyiniyetin sonuç doğurabilmesi için varlığı gereken “mazur görülebilirlik” koşulu, bahsi geçen kurumun ceza hukukundaki kusurluluğu etkileyen hâllere yaklaştırmaktadır. Zira kusurluluğu etkileyen hâllerin bir kısmı da kişinin mazur görülebilir olduğu durumlara işaret etmekte ve failin ceza sorumluluğu üzerinde sonuç doğurmaktadır¹⁷¹. Ancak tam da bu noktada, kusurluluğu etkileyen nedenlerle özel hukuktaki iyiniyet arasında esaslı bir fark bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten iyiniyetli olma özel hukukta belli bir hakkın kazanılması veya içinde bulunulan hukuki statünün korunması neticesini doğururken; kusurluluğu etkileyen nedenler, kişinin ceza sorumluluğu üzerinde etkili olmaktadır. Bu açıdan, mazur görülebilirlik ve kişi lehine sonuç doğurma ortak paydalarında buluşan bu kurumların, doğurdıkları hukuki sonuçlar itibarıyla birbirlerinden ayrıldıkları söylenebilir.

İyiniyetin özel hukukta bir hakkın kazanılmasına engel teşkil eden duruma yönelik mazur görülebilir bir bilgisizlik¹⁷² olarak algılanması, TCK m. 54’ün gerekçesinde de yer bulmuş ve kendisine ait eşyayla suç işlendiğinden haberdar olan kimsenin iyiniyetinden bahsedilemeyeceği neticesine

166 Şaban Kayhan ve Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri* (1. Baskı, Seçkin 2016) 315; Yarayan (n. 155) 137.

167 Bilge Öztan, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları* (37. Bası, Turhan 2012) 184.

168 Mustafa Alper Gümüş, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M. 18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi’ (2016) 22 (3) MÜHF-HAD 1221, 1228.

169 Öztan (n. 167) 184.

170 Ayan ve Ayan (n. 160) 164-165. Bu konuda ayrıca bkz. Kayhan ve Ünlütepe (n. 166) 320 vd.

171 Mazeret nedenlerinin kusurun içeriğini tamamen ortadan kaldırmayıp önemli ölçüde azalttığı ve bu açıdan “kusuru etkileyen sebepler”e dâhil oldukları hususunda bkz. Meraklı (n. 4) 37.

172 Bilge Öztan, ‘Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu’ (1969) 26 (1) AÜHF 193, 200.

ulaşmıştır. Nitekim öğretide de medeni hukuktaki iyiniyetin “*bir hakkın doğumuna engel olan bir nedenin varlığını bilmemek veya bilmek zorunda olmamak*” anlamına geldiğinden hareketle TCK m. 54/1'deki iyiniyetin özel hukuktaki iyiniyet ile aynı anlama geldiği ifade edilmektedir¹⁷³. Ancak kanaatimizce iyiniyetin özel hukukta mazur görülebilir bilgisizlik olarak değerlendirilmesi, TCK m. 54/1'de yer verilen “iyiniyet” ibaresinin özel hukuktaki iyiniyet kavramıyla birebir örtüştüğüne yönelik kesin bir kanaate ulaşılması bakımından yeterli değildir. Zira özel hukukta kişinin iyiniyetli olmaması, çoğu durumda belli bir hakkın kazanılmasına veya amaçlanan hukuki statüye erişilmesine engel olurken; müsadere kurumu bakımından iyiniyetli olmama, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının kaybedilmesi neticesini doğurmaktadır. Bu nedenle inceleme konumuzu oluşturan “iyiniyet” ibaresinin TMK m. 3'te yer verilen iyiniyet kurumu ile -en azından sonuçları itibarıyla- örtüşmediği kanaatindeyiz¹⁷⁴. Bu noktada yukarıda aktarılan TMK m. 993 hükmünde olduğu gibi iyiniyetin bazı durumlarda kişiye “sorumluluk avantajı” sağladığı ve bu açıdan TCK m. 54/1'deki iyiniyetin medeni hukuktaki iyiniyetle örtüştüğü bir itiraz olarak ileri sürülebilir. Ancak bahsi geçen ilk hükümdeki sorumluluk avantajı, iyiniyetli zilyedi yalnızca tazminat yükümlülüğünden kurtarmakta; eşya üzerindeki mülkiyet hakkına son verilip verilmeyeceği hususunda ise dikkate alınmamaktadır. TCK m. 54/1 bakımından iyiniyetin varlığı/yokluğu ise eşya üzerindeki mülkiyet hakkının sona erdirilip erdirilmeyeceği açısından önem taşımaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki yukarıda yer verilen ifadeler, özel hukuktaki iyiniyetin müsadere bakımından herhangi bir netice doğurmadığı anlamına da gelmemektedir. Zira fail veya şerike ait eşyayla suç işlendikten sonra eşyanın bu durumu bilmeyen üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda müsadere yoluna gidilmemesi gerekir. Ancak bu sonuca TCK m. 54/1'den değil, TCK m. 54/2 hükmü ile kanunilik ilkesinden ulaşılmalıdır. Bilindiği üzere TCK m. 54/2'de, müsadere kapsamındaki bir eşyanın ortadan kaldırılması, ‘*elden çıkarılması*’¹⁷⁵, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması durumunda eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu, TCK m. 54/2'de ‘*elden çıkarılması*’ ibaresine yer vermek suretiyle normal koşullarda TCK m. 54/1'e dayanılarak müsadere edilmesi gereken eşya üzerindeki mülkiyet hakkının üçüncü bir kişi tarafından “suçun işlenmesinden sonra” kazanılabilesine imkân tanımış, bir başka ifadeyle eşyanın müsadere kapsamında bulunduğunu bilmeden/bilmesi gerekmeden

173 Gökan ve Artuç (n. 36) 1927. İyiniyetin belirlenmesinde TMK m. 2 ve 3 gereği “*rıza*” ve “*bilgi*” kriterlerinin dikkate alınması gerektiğine yönelik açıklama için ayrıca bkz. Demirbaş (n. 39) 679. TCK m. 54/1'de yer verilen iyiniyetin özel hukuktaki iyiniyet kavramı ile örtüştüğünü somut bir gerekçe öne sürmeden belirten yazarlar için ise bkz. Parlar ve Hatipoğlu (n. 39) 909; Taneri (n. 31) 65.

174 TCK m. 54/1 hükmündeki iyiniyet ile medeni hukuk anlamındaki iyiniyetin aynı anlama gelmediği hususunda ayrıca bkz. Altuğ (n. 31) 149; Gedik (n. 29) 154.

175 TCK m. 54'ün gerekçesinde “*elden çıkarılması*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Keza öğretide de bahsi geçen kavramın içeriğine ilişkin direkt bir açıklama yapılmadan eşyanın satılması, kaybedilmesi, değiştirilmesi veya imha edilmesi gibi durumlarda TCK m. 54/2'deki düzenlemenin uygulanabileceği ifade edilmektedir (bkz. Acar (n. 26) 254; Gedik (n. 29) 148; Altuğ (n. 31) 182). Kanaatimizce sözü edilen ifade, eşyanın müsaderesinin TCK m. 54/2'de belirtilen diğer seçimlik hareketler dışındaki bir eylemle imkânsız kılındığı durumlara işaret etmektedir. “*Elden çıkarılması*” teriminin bu açıdan, eşyanın mülkiyetinin suçun işlenmesinden sonra satış, bağışlama veya takas gibi işlemlerle bir başka kişiye devredildiği durumları kapsamına aldığı söylenebilir. Buna karşılık eşya üzerindeki mülkiyet hakkının bir başka kişiye geçmesi sonucunu doğurmayan kiralama veya ödünç verme gibi hâllerde TCK m. 54/2'nin uygulama alanı bulamayacağı da özellikle vurgulanmalıdır. Zira bu ihtimallerde eşyanın müsaderesinin imkânsız kılındığını söylemek mümkün değildir.

eşyayı elde eden kişilerin iyiniyetinin korunacağını -dolaylı yoldan da olsa- hükme bağlamıştır¹⁷⁶. Bu açıdan, medeni hukuk anlamındaki iyiniyete sonuç bağlayan asıl düzenlemenin TCK m. 54/2 hükmü olduğu söylenebilir¹⁷⁷. Eğer TCK m. 54/1'in ilk cümlesindeki iyiniyet kavramının da özel hukuktaki iyiniyet ile aynı anlama geldiği kabul edilirse TCK m. 54/2'de "*elden çıkarılması*" ibaresine yer verilmesinin herhangi bir anlamı kalmayacaktır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere TCK m. 54/2, TCK m. 54/1 kapsamında müsadere edilmesi gereken eşyanın müsaderesinin "*suçun işlenmesinden sonra*" imkânsız kılınması ihtimalini düzenlemektedir¹⁷⁸. İyiniyet, özel hukukta bir hakkın veya hukuki statünün kazanılmasına engel olan hukuki eksikliği bilmemek/bilmek zorunda olmamak biçiminde yorumlandığına göre TCK m. 54/1'deki iyiniyetin medeni hukuktaki iyiniyet ile aynı anlama geldiğinin kabul edilebilmesi için önce eşyayla suç işlenmesi gerekecek, bundan sonraki aşamada ise eşyayı hukuki bir ilişkiye dayanarak elde etmeye çalışan kişinin, eşyayla suç işlenmiş olduğunu bilip bilmediği araştırılmak zorunda kalınacaktır. Bir başka ifadeyle TCK m. 54/1'deki iyiniyet kavramının medeni hukuktaki anlamıyla kullanıldığı varsayılır ise TCK m. 54/1'in "*suç işlendikten sonra*" eşyayı elde eden kişilerle ilgili değerlendirmede göz önünde bulundurulması gerekecek ve dolayısıyla TCK m. 54/2'de kullanılan "*elden çıkarılması*" ibaresi gereksiz bir tekrar hüviyetine büründürülmüş olunacaktır. Halbuki TCK m. 54/1, eşyayı suç işlendikten sonra elde eden kişilerin mülkiyet hakkını kazanıp kazanmayacağı bakımından değil, suç işlendiği esnada eşyanın maliki olan kişilerin eşya üzerindeki mülkiyet hakkına son verilip verilmeyeceği açısından göz önünde bulundurulmaktadır. Bu vesileyle, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulundaki "ait olmama" ibaresinin, müsadere tedbirine başvurulacağı an ile bağlantılı bir biçimde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşe¹⁷⁹ katılmadığımız da özellikle ifade edilmelidir. Aşağıda da ifade edildiği üzere her ne kadar TCK m. 54'ün gerekçesinde kullanılan ifadeler hangi andaki iyiniyetin dikkate alınması gerektiği hususunda muğlak ise de TCK m. 54/1 açısından kişinin iyiniyetli olup olmadığı fiilin işlendiği ana göre belirlenmelidir. İyiniyetin varlığı/yokluğu fiilin işlendiği an dikkate alınarak belirlendiğine göre eşyanın aidiyeti de bu anla bağlantılı bir biçimde irdeleme konusu yapılmalıdır¹⁸⁰.

Tam bu noktada, TCK m. 54/2'de eşyanın mülkiyetinin bir başka kişi tarafından kazanılması için "iyiniyetli olma" gibi bir koşula yer verilmediği yönünde itirazda bulunulabilir. Ancak TCK m. 54/2'de iyiniyet koşuluna doğrudan yer verilmemiş olması, suçta kullanılan eşyayı failden iyiniyetle alan kişiler bakımından söz konusu düzenlemenin uygulanmasını engellemektedir. Bir başka ifadeyle TCK m. 54/2, düzenlemede yer verilen diğer ihtimallere ek olarak, eşyayı suçta kullanıldığını bilmeden fail yahut şerikten satın alan veya başka bir hukuki işleme dayanarak elde eden kişiler bakımından da uygulanma imkânına sahiptir. TCK m. 54/2'nin suç işlendikten sonra eşyanın bu niteliği bilinmeden elde edildiği olaylarda tatbik edilemeyeceğinin kabul edilmesi, eşya müsaderesinin suç işlememiş ve suçta iştirak etmemiş bir kimseye yönelik olarak uygulanması

176 Benzer ifadeler için bkz. Gökcan ve Artuç (n. 36) 1934.

177 Buna ilaveten TCK m. 54/1-son cümlede de özel hukuk anlamındaki iyiniyete sonuç bağlandığı gözden kaçırılmamalıdır.

178 Kanaatimizce TCK m. 54/2'de kullanılan "*Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın*" biçimindeki ifade şekli, aynı fıkrada yer verilen "*imkânsız kılınması*" ibaresi ile birlikte değerlendirildiğinde TCK m. 54/2'nin, TCK m. 54/1'e göre müsaderesi gereken eşyaları kapsamına aldığı sonucuna ulaşılacaktır.

179 Parlar ve Hatipoğlu (n. 39) 909.

180 Aidiyet koşulunun fiilin işlendiği ana göre belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. Gökcan ve Artuç (n. 36) 1930; Gedik (n. 29) 166.

neticesini doğuracaktır¹⁸¹. Hâlbuki öğretilerde de ifade edildiği üzere TCK m. 54/2, eşyanın suçun işlenmesinden sonra elden çıkarılarak müsadere dışında bırakılması durumunda, failden/şerikten eşyanın değeri kadar para tutarının istenebilmesini temin etmek amacıyla ihdas edilmiş¹⁸² ve böylece eşyayı sonradan elde eden kişilerin iyiniyeti korunmak istenmiştir. Bir başka ifadeyle TCK m. 54/2, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın bu niteliği bilinmeden devralınmasından değil; böyle bir eşyanın devredilmesi suretiyle müsadereye ilişkin hükmün uygulama dışı bırakılmasından kaynaklanabilecek olası sakıncaları önlemeye yönelik bir düzenleme niteliğine sahiptir¹⁸³. Özetle TCK m. 54/2, eşyayı suçun işlenmesinden sonra iyiniyetle devralan kişinin değil, kötü niyetle devreden bireylerin davranışlarına “olumsuz sonuç” bağlamaktadır.

Bununla birlikte yukarıda yer verilen ifadeler, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın bu niteliğinin bilinerek devralındığı durumlarda da yalnızca TCK m. 54/2'nin uygulanması suretiyle eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere edilebileceği biçiminde yorumlanmamalıdır. Suçta kullanıldığını bildiği eşyayı failden alan kişi açısından TCK m. 281'de yer verilen “suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme” suçu gündeme geleceğinden, bu ihtimalde de müsadere yoluna gidilebilecektir. Zira suçta kullanılan eşya belirti delili¹⁸⁴ niteliğindedir ve bahsi geçen ihtimalde, suçun işlenmesinde kullanılan eşya, eşyayı elinden çıkaran failden devralınmak suretiyle “gizlenmiş delil”¹⁸⁵ hüviyetine büründürülmüş olunacaktır. Suçta kullanılan eşyanın bu niteliğinin bilinerek devralınması ve dolayısıyla “gizlenmiş delil” vasfını kazanması ise devralınan eşyanın TCK m. 281/1'deki suçun “konusu”¹⁸⁶ hâline gelmesiyle sonuçlanacaktır. Kanaatimizce, TCK m. 55/1'de “suçun konusu”nun kazanç müsadere sine tabi tutulacağı belirtildiğinden, bu ihtimalde eşyanın suçta kullanıldığını bilerek devralan kişiler bakımından TCK m. 55'in uygulanması suretiyle önceki suçta kullanılan eşyanın müsadere sine yoluna gidilmesi gerekecektir.

TCK m. 54/1'de yer verilen iyiniyet ibaresinin medeni hukuktaki iyiniyet kavramıyla bağdaştırılamayacağına yönelik diğer dayanak noktaları, TCK m. 54/1'in son cümlesi ile TCK m. 55/3'te yer verilen düzenlemelerdir¹⁸⁷. TCK m. 55/3'te, “*Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir*” ifadelerine

181 Bu cümleyle ifade edilmek istenen, suçun işlenmesinden sonra eşyanın üçüncü bir kişi tarafından hukuki bir ilişkiye dayanılarak elde edildiği durumlarda, TCK m. 54/2 tatbik edilerek eşyayı elinden çıkaran kişi bakımından eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere sine yoluna gidilmeyip eşyanın bizatihi kendisinin müsadere edilmesidir.

182 Soygüt Arslan (n. 44) 378-379.

183 Benzer nitelikteki açıklamalar için bkz. Acar (n. 26) 254 vd.; Gedik (n. 29) 148.

184 Belirti delilinin “*olaydan geriye kalan 'her türlü' iz ve eser*” biçimindeki tanımı ve belirtilerin diğer delillerden bağımsız bir ispat gücüne sahip olmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Beta 2021) 316; Fatih Birtok, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (2. Baskı, Adalet 2017) 194.

185 Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun seçimlik hareketlerinden birini teşkil eden delil gizlemek fiilinin “*suçun işlenmesinde kullanılan araçların, suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesi suretiyle elde edilen ya da suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen eşyanın veya diğer malvarlığı değerlerinin yetkili makamların eline geçmesini önlemek amacıyla saklanması*” anlamına geldiği hususunda bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Adalet 2020) 1111-1112.

186 TCK m. 281/1'de yer verilen suçun konusunun daha önce işlenmiş olan bir suçun delili veya eseri olduğu hususunda bkz. Koca ve Üzülmöz (n. 185) 1108.

187 Bu konuda ayrıca bkz. Soygüt Arslan (n. 44) 368.

yer verilmiştir. Keza TCK m. 54/1'in son cümlesinde “Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir” biçiminde düzenleme yapılarak özel hukuktaki iyiniyet kurumuna atıf yapılmıştır. TCK m. 55/3, TCK m. 54/1-son cümle ve TCK m. 54/1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun TMK'daki iyiniyeti kastetmek istediğinde, bunu açıkça belirttiği sonucuna ulaşılabacaktır. Eğer kanun koyucu, TCK m. 54/1'deki iyiniyetin özel hukuk anlamındaki iyiniyet olarak anlaşılmasını isteseydi, TCK m. 54/1'de de bunun açıkça belirtilmesi gerekirdi. Nitekim TCK m. 54'ün gerekçesinde de TCK m. 54/1 hükmünün ilk cümlesindeki iyiniyet ifadesinin medeni hukuktaki anlamıyla yorumlanması gerektiği yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bütün bu ifadelerden anlaşılacağı üzere TMK anlamındaki iyiniyet, TCK m. 54/2 ve TCK m. 55/3 ile TCK m. 54/1 hükmünün son cümlesi açısından sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle doktrindeki hâkim kanaatin aksine, TCK m. 54/1'deki iyiniyetin özel hukuktaki iyiniyet kavramıyla aynı anlama gelmediği kanaatindeyiz.

2. İyiniyet Kavramının TCK m. 54 Hükmünün Gerekçesiyle Bağlantılı Bir Biçimde Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

İnceleme konumuzu oluşturan “iyiniyet” ibaresinin özel hukuktaki iyiniyet kavramıyla aynı anlama gelmediği biçimindeki tespit, bahsi geçen kavramın içeriği ile ilgili bütün muğlaklıkları gideren bir hüviyete sahip değildir. Tam bu noktada cevaplanması gereken asıl soruyla karşılaşılmaktadır: TCK m. 54/1'in ilk cümlesinde ifadesini bulan ve özel hukuktaki anlamından farklı bir biçimde kullanıldığı belirtilen iyiniyet, içeriği itibarıyla hangi anlama gelmektedir?

TCK m. 54'ün gerekçesinde, kişinin iyiniyetli olup olmadığının, suçun işlenmesine iştirak edilip edilmediği veya suçtan haberdar olunup olunmadığı göz önünde bulundurularak tayin edilmesi gerektiği belirtilmiştir: “... Ayrıca, Tasarıda müsadere yaptırımı bir “ceza” olarak öngörülmesine rağmen, “suç dolayısıyla hiç kimse mahkûm edilmese de” müsadereye hükmedilebilmesi kabul edilmiştir. Ceza niteliğindeki bir yaptırıma, bir kimsenin mahkûmiyeti olmadan başvurulamayacağı açıktır. Belirtilen bu sakıncaların giderilmesi ve müsaderenin Anayasada yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine karar verileceği kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Başka bir deyişle, **kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması** durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir...”¹⁸⁸.

Gerekçede, iyiniyet kavramı açıklanırken “kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi” ve “suçun işlenişinden haberdar olmaması” ibareleri arasında virgül konulmuştur. Bu durumda çözülmesi gereken problemlerden ilki, iki ibare arasında yer verilen bu virgölün bahsi geçen koşulların alternatifliğine mi yoksa kümülatifliğine mi vurgu yaptığıdır. Kanaatimizce, suçun işlenişine iştirak eden kişinin suçun işlenişinden haberdar olmaması düşünülemez olduğundan, kanun koyucunun bahsi geçen virgüllü “veya” anlamında kullandığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bir başka ifadeyle gerekçeye

188 Gerekçe metninin alındığı kaynak için bkz. Gökcan ve Artuç (n. 36) 1906-1907.

göre kişinin suça iştirak etmesi veya suçun işlenişinden haberdar olması durumunda, iyiniyetinden bahsedilemeyecek ve kendisine ait eşya müsadere edilebilecektir¹⁸⁹. Esasen suça iştirak eden kişiye ait eşyanın müsadere edilebilmesi için bu kişinin iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına dahi gerek yoktur¹⁹⁰. Zira niyet, kural olarak ceza hukuku bakımından kendisine değer izafe edilen bir kavrama işaret etmemektedir. Bu açıdan gerekçede “suçun işlenmesine iştirak etmemesi” biçimindeki ibareye yer verilmesinin gereksiz olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında “haberdar olmama” ifadesine yoğunlaşılacaktır.

“Haberdar olmak” ibaresinde yer verilen “haber” kelimesi, TDK Güncel Türkçe Sözlük’te, “bir olay, bir olgu üzerine edinilen **bilgi**”, “iletişim veya yayın organlarıyla verilen **bilgi**” ve “**bilgi**” biçiminde tanımlanmaktadır¹⁹¹. Dikkat edileceği üzere bahsi geçen tanımların üçünde de haber kavramı, “bilgi” terimiyle ilişkilendirilmiştir. Dolayısıyla “haberdar olmak” biçimindeki ifade, “bilmek” veya “bilgi sahibi olmak” şeklinde de anlaşılabilir¹⁹². Bu açıdan, TCK m. 54’ün gerekçesinde iyiniyet kavramını açıklamaya yönelik olarak yer verilen “suçun işlenişinden haberdar ol[ma]mak” ibaresinin, suçun işlenişini bil[me]mek (suçun işlenişinden bilgi sahibi ol[ma]mak) anlamına geldiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bununla birlikte, suçun işlenişinden haberdar ol[ma]mak şeklindeki söz öbeğinin, suçun işlenişini bil[me]mek olarak anlamlandırılmasının da eşya müsaderesinin olumsuz koşulu niteliğindeki “iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmamak” şartının muhtevası ile ilgili bütün hususlarda kapsayıcı ve tutarlı sonuçlar doğurduğu söylenemez. Zira suçun işlenişinden haberdar/bilgi sahibi ol[ma]mak biçimindeki ifade şekli, bünyesinde birden fazla problemi barındıran bir içeriğe sahiptir:

Bir kere bu konuda hangi andaki haber (bilgi) sahibi ol[ma]manın dikkate alınacağı belirsizdir. Gerekçede yer verilen “işlenişinden” ibaresi, eşyanın suçta kullanılmış olduğunun mu yoksa kullanılıyor veya kullanılacak olmasının mı bilinmesi gerektiği konusunda birbirine zıt yorumlar yapılmasına imkân tanımaktadır¹⁹³. Bir başka ifadeyle gerekçedeki ifadeler, suçun işlenmesiyle ilgili olarak geçmişe yönelik malumatın mı yoksa geleceğe yahut içinde bulunulan ana yönelik bilginin mi göz önünde bulundurulması gerektiği konusunda açık değildir. Her ne kadar fiilin suç teşkil edip etmediği (bkz. TCK m. 7), kişinin kusurlu olup olmadığı ve dolayısıyla kişiye ceza hukuku yaptırımlarının uygulanıp uygulanmayacağı gibi hususlarda “fiilin işlendiği an” kriteri dikkate alınsa da eşyası müsadere edilecek birey ile fiili işleyen kişinin farklı kimseler olması durumunda -ki inceleme konumuzu oluşturan ihtimalde de durum bundan ibarettir- bu ölçütün tartışmasız bir biçimde benimseneceği söylenemez. Nitekim çalışmamızın önceki bölümlerinde de bu konudaki

189 Soygüt Arslan (n. 44) 368. Yazara göre, 1997 tarihli Ön Tasarıda “suça iştiraki olmayan kişilere ait eşya müsadere edilemez” ifadesine yer verilmesine rağmen sonraki süreçte maddedeki ifadenin “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmamak” olarak değiştirilmesi, söz konusu düzenleme ile iştiraktan farklı bir sorumluluk türünün yaratılmasının amaçlandığına işaret etmektedir.

190 Mahmutoğlu ve Karadeniz (n. 34) 1268; Soygüt Arslan (n. 44) 355.

191 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2023.

192 Nitekim Soyaslan’a göre de “İyiniyetli üçüncü kişi kendisine ait olan eşya ile suç işlendiğini bilmeyen kişidir”. Bkz. Soyaslan (n. 39) 615.

193 Nitekim öğretilerde de gerekçede yer verilen ifadelerin, kendisine ait eşyanın suçta kullanıldığını sonradan öğrenen bireylerin dahi iyiniyetli sayılmayacağı biçimindeki yorumlara kapı araladığı ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Soygüt Arslan (n. 44) 369.

muğlaklığa işaret edilmiş ve fakat konu hakkında herhangi bir fikir beyan edilmemişti. Bununla birlikte çalışmamızın kapsamı, bahsi geçen tartışma konusuyla ilgili görüşümüzün ortaya konulmasını da zorunlu kılmaktadır. Kanaatimizce TCK m. 54/1 bakımından fiilin işlendiği ana kadarki süreçte (fiilin işlendiği an dâhil) iyiniyetli olunup olunmadığı dikkate alınmalı¹⁹⁴; fiilin işlenmesinden sonra kendisine ait eşyayla suç işlendiğini öğrenen bireylerin eşyaları ise müsadere edilmemelidir.¹⁹⁵ Buna karşılık suç işlemeye yönelik hazırlık hareketleri yapan kişinin, buna yönelik hazırlık yaptığını bilmesine rağmen eşyasını suçun işlenmesinde kullanılmak üzere ona veren kişinin eşyası müsadere edilmelidir. Zira bu ihtimalde eşyasını faile veren kişi TCK m. 39/2-b'ye göre yardım eden kapsamında değerlendirilecek ve dolayısıyla suça iştirak etmiş olacaktır. Esasen kabul ettiğimiz görüşe göre suça iştirak eden kişilerin üçüncü kişi olarak nitelendirilmesi imkân dâhilinde bulunmadığından, hazırlık hareketi yapan faile eşyasını veren kişi açısından iyiniyetli olmama koşulunun aranmasına da ihtiyaç kalmayacaktır. Fiilin işlenmesinden sonraki süreçte eşyanın fail veya şerik tarafından bir başkasına devredildiği durumlarda ise eşyayı devralan kişinin söz konusu eşyanın suçta kullanıldığını bilip bilmemesine göre değerlendirme yapılmalıdır. Eşyayı sonradan elde eden kişinin bu açıdan iyiniyetli olduğu durumlarda TCK m. 54/2 uygulanarak yalnızca ilk suçun faili veya şerikinden eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesi yoluna gidilmeli, aksi durumda ise eşyayı devralan kişi bakımından kazanç müsaderesine ilişkin kurallar uygulanmalıdır.

Suçun işlenişinden haberdar ol[ma]mak tabiri açısından eleştiri konusu yapılabilecek bir diğer husus, bu ibarenin suça iştirak etmenin bir alternatifi olarak sayılmış olmasıdır. Gereğe göre, kişi suça iştirak etmemiş olsa dahi suçun işlenişinden haberdar ise eşyası müsadere edilebilecektir. Suça iştirak etme ile suçtan haberdar olma arasında kurulan bu alternatiflik, suç olarak kabul edilen bir fiili işlemeyen ve suça iştirak de etmeyen kişiye, ceza hukuku yaptırımlarından birinin tatbik edilebilmesi neticesini doğurmaktadır. Kanaatimizce ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi karşısında, bu sonuca katılmak mümkün değildir. Zira ceza hukuku yaptırımları, yalnızca suç olarak nitelendirilen bir fiili gerçekleştiren veya bu fiillere iştirak eden kimseler bakımından uygulanabilir niteliktedir.

İyiniyet konusunda suçun işlenişinden haberdar olunup olunmadığının bir kriter olarak kabul edilmesi, bazı durumlarda fail cezalandırılmamasına rağmen üçüncü kişiye ait eşyanın müsadere

194 Öğretide *Mahmutoğlu/Karadeniz*, hangi andaki iyiniyetin dikkate alınması gerektiği biçimindeki tartışmayı açmakta ve fakat bahsi geçen tartışma konusuyla ilgili doğrudan kanaat belirtmemektedir. Kanaatimizce yazarların kullandığı "...icraya başlamadan önce veya en geç fiilin icrası sırasında iyiniyetli olmak yeterli midir? Örneğin, yukarıda ilk vermiş olduğumuz örnekte, kişi, arkadaşının hürriyetten yoksun kılma suçunu işlediğini öğrendikten sonra bunu onaylarsa, kötüniyetli olarak kabul edilerek eşya müsaderesi yoluna gidilecek midir?" biçimindeki ifadeler, belirtilen yazarların iyiniyeti fiilin işlendiği anla bağlantılı olarak değerlendirmeye aldıklarına ve fakat bunun her zaman yeterli olmayabileceğini veya bu konuda tereddütlerle karşılaşabileceğini düşündüklerine işaret etmektedir. Söz konusu açıklamalar için bkz. *Mahmutoğlu ve Karadeniz* (n. 34) 1270.

195 Bu cümlede yer verilen ifadeler, TCK m. 54/1'de "iyiniyet" kavramına yer verilmesine gerek olmadığı biçimindeki görüşümüz dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Atf yapılan cümlenin, bu açıdan, Kanun'da "iyiniyet" ibaresine yer verildiği gerçeği üzerinden yapılan bir yorum niteliği taşıdığı gözden kaçırılmamalıdır. Aşağıda da ifade edildiği üzere, bize göre TCK m. 54/1'de yer verilen "iyiniyet" ibaresi Kanun'dan çıkarılmalı ve yalnızca fail ve şeriklere ait eşyaların müsaderesi yoluna gidilmelidir. Bu yönde bir değişikliğin yapılması durumunda ise üçüncü kişilerin eşyalarına yönelik olarak müsadere hükümlerinin uygulanma ihtimali ortadan kalkacak ve dolayısıyla kişinin hangi anda iyiniyetli olması gerektiği ile ilgili ayrı bir tartışma yapılmasına gerek kalmayacaktır.

edilmesi sonucunu da doğurabilir. Konunun daha iyi anlaşılması için aşağıda yer verilen örnek üzerinden açıklama yapılmasının faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

Örnek: A, katıldığı son operasyonda aldığı darbenin etkisiyle iki bacağı ile konuşma yetisini kaybeden ve tekerlekli sandalyeye mahkûm olduğu için malulen emekliye ayrılan bir polistir. A'nın oğlu B, hava alması için babası A'yı babasına ait otomobil ile dışarı çıkarmıştır. A ile B, şehir merkezinde bulunan geniş bir parka gelince B, A'yı otomobilden çıkarıp tekerlekli sandalyesiyle gezdirmeye başlamış ve bu esnada husumetlisi C ile karşılaşmıştır. B'yi gören C, elindeki baltayla B'ye doğru hızla koşmaya başlayınca B, otomobilde bulunan ve babasına ait olan ruhsatlı tabancayı alarak kendisini savunmaya çalışmıştır. B, kendisini savunurken meşru müdafaada sınırı “mazur görülebilecek korku” ile aşmış ve C'yi öldürmüştür (TCK m. 27/2).

Yukarıdaki örnekte, meşru müdafaada sınırı “mazur görülebilecek korku” ile aşan B'nin cezalandırılması mümkün değildir. Ancak bahsi geçen olay açısından B'nin eylemi suç olarak kalmaya devam eder. Zira “meşru müdafaada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşla aşılması” hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebeptir¹⁹⁶. B'nin eyleminin suç niteliğine sahip olması ise A'ya ait tabancanın müsadere edilip edilemeyeceği bakımından önem taşımaktadır. Somut olayda A, B'nin eylemine herhangi bir şekilde iştirak etmese de suçun işlenişinden haberdar olmuştur. Gerekçedeki “suçun işlenişinden haberdar ol[ma]ması” biçimindeki ifadeden yola çıkıldığında, B cezalandırılmamasına rağmen B'nin eylemine iştirak dahi etmeyen A'ya ait tabancanın müsaderesinin mümkün olduğu söylenebilir. Zira A, suçun işlenişiyle ilgili bütün aşamalardan haberdar olmuştur.

TCK m. 54'ün gerekçesindeki açıklamalardan hareketle ulaşılan bu sonuca, A'nın kendisine ait tabancanın suçta kullanılmasına yönelik “aktif” bir hareketinin bulunmadığı ve dolayısıyla salt gerekçede haberdar olmak ibaresine yer verilmesinden yola çıkılarak A'ya ait tabancanın müsadere edilebileceği yönündeki kabule ulaşılmamasının hatalı olduğu gerekçesiyle itiraz edilebilir. Bir diğer ifadeyle, gerekçedeki ifade tarzının doğurabileceği sakıncalara dikkat çekmek üzere verilen örnekte ulaşılan sonuç, zorlama bir yorum tarzı olarak nitelendirilebilir. Nitekim öğretilerde de gerekçedeki ifadelerin, üçüncü kişinin suçun işlenişinden haberdar olduğu her durumda iyiniyetli sayılmayacağı biçimindeki yorumu mümkün kılmasına rağmen suçun işlenişinden haberdar olunan her ihtimalde iyiniyetin yokluğu varsayımından söz edilemeyeceği belirtilmekte ve hatta eşyanın failer tarafından suçun işlenmesinde ne şekilde kullanılacağına dair ayrıntıları bilen üçüncü kişinin dahi iyiniyetli olduğunun kabul edilebileceği hâllerle karşılaşılabileceği ileri sürülmektedir¹⁹⁷. Esasen, vurgulamak istediğimiz temel problemlerden birisi de tam olarak budur. TCK m. 54/1 ve söz konusu hükmün gerekçesi, kaleme alınış biçimi nedeniyle müsadere ile ulaşılmak istenen amaca hizmet etmeyen yorum tarzlarının ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Yukarıdaki örnekte ulaşılan sonuca, yine yukarıda belirtilen gerekçelerin ileri sürülmesi suretiyle itiraz edilmesi, TCK m.

196 Koca ve Üzülmez (n. 6) 354 vd.

197 Mahmutoğlu ve Karadeniz (n. 34) 1269-1270.

54/1 ve bu hükmün gerekçesindeki ifadelerin belirtildiği biçimde yorumlanabileceği gerçeğini değiştirmemektedir. Zira haberdar olmak, her durumda aktif bir davranışı gerektirmemektedir. Gerekçede de haberdar olma sonucunu doğuran hareketin “aktif” veya “pasif” bir davranış olması gerektiğine yönelik bir açıklamaya yer verilmemiştir. Nitekim iştirak kapsamında değerlendirilebilecek bir hareketi bulunmayan kişilerin suçtan haberdar olmaları da çoğunlukla kendileri tarafından icra edilen aktif bir davranıştan söz edilemediği durumlarda gerçekleşmektedir. Haberdar olma olgusu, niteliği gereği, haberdar olan birey dışındaki kişiler tarafından gerçekleştirilen hareketlerin bir neticesi olarak da ortaya çıkabilmektedir. Gerekçede bu ihtimali dışlayan herhangi bir açıklama bulunmadığına göre yukarıdaki örnek bakımından -en azından gerekçedeki ifade tarzına göre- müsadere tedbirinin uygulanabileceği pekâlâ söylenebilir.

Yukarıdaki örnek bakımından TCK m. 54’ün gerekçesindeki ifadeler dayanak yapılarak ulaşılan sonuca, müsaderenin hukuki niteliğiyle bağlantılı olarak da itirazda bulunulabilir. Daha önce de ifade edildiği üzere öğretilerde aksi fikirler bulunsa da müsaderenin “*güvenlik tedbiri niteliği ağır basan bir cezai tedbir*” olduğu kabul edilmelidir¹⁹⁸. Müsaderenin “*cezai tedbir*” niteliğine de vurgu yapan bu görüşten hareket edildiğinde, müsadere yaptırımının uygulanabilmesi için eşyası müsadere edilecek kişinin kusurlu olması gerektiği düşünülebilir. Ancak inceleme konumuzu oluşturan örnekte kusurlu olmadığı sonucuna varılan kişi (B) ile eşyasının müsadere edilip edilmeyeceği tartışılan kişi (A), farklı bireylerdir ve A açısından kusurluluğu etkileyen herhangi bir sebepten bahsetmek mümkün değildir. Buna ilaveten, benimsediğimiz görüşe uygun biçimde eşya müsaderesinin “*ağır basan*” niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunun göz önünde bulundurulması durumunda, müsadere bakımından öncelikli olarak dikkate alınması gereken hususun kusurluluk değil, eşyanın kendisinden kaynaklanan tehlike olduğu ve dolayısıyla kişinin kusurlu olup olmamasının müsadere kararı verilmesini engellemeyeceği de özellikle ifade edilmelidir. Aynı sonuç, eşya müsaderesinin salt güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi durumunda da geçerlidir. Tam bu noktada A’nın nedensel sürece müdahale etmemesi nedeniyle “ihmalî” davranış sergilediği ve dolayısıyla kusur değerlendirmesine esas alınabilecek bir fiilin bulunduğu da ileri sürülebilir. Ancak ihmalî davranıştan sorumluluk için de kişinin “hareket etme olanağına” sahip olması gerektiği unutulmamalıdır¹⁹⁹. Hareket olanağı olmadan ihmal edilen bir fiilden söz edilemeyeceğine²⁰⁰ ve fiil olmadan da haksızlık ile kusur konularında bir yargıya varılamayacağına²⁰¹ göre A’nın kusurlu olup olmadığı tartışılması mümkün de değildir. Esasen çalışmamızda eleştiri konusu yapmaya çalıştığımız hususlardan biri de TCK m. 54/1’de suç kapsamında değerlendirilebilecek bir davranışı bulunmayan kimselerin eşyalarının müsadere edilmesine imkân tanınmış olmasıdır. Bütün bunlara ek olarak TCK m. 54’ün gerekçesinde, eşyası müsadere edilecek kişinin cezalandırılabilir bir kimse olmasına gerek bulunmadığı yönünde açıklamaya yer verilmiş olduğuna da özellikle işaret edilmelidir. Gerekçedeki bu ifadelerden hareketle yorum yapıldığında A’nın kusurlu olup olmadığı tartışılmasına dahi lüzum kalmayacaktır. Bu nedenle eşya müsaderesinin hukuki niteliğine ilişkin kabulün de yukarıdaki örnekte ileri sürülen ve ‘gerekçedeki açıklamalara dayanan’ sonucun yanlışlığını tartışmasız bir biçimde ortaya koymayaacağı kanaatindeyiz.

198 Gödekli (n. 11) 440.

199 Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri* (1. Baskı, Seçkin 2003) 216-217.

200 ibid 217.

201 Koca ve Üzülmüş (n. 6) 54.

Yukarıdaki açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, TCK m. 54'te yer verilen “eşyanın iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmaması” biçimindeki koşulun, özellikle gerekçedeki ifadelerle birlikte düşünüldüğünde, ceza hukukuna hâkim olan ilkelerle telif edilemeyecek yorumlara kapı araladığı söylenebilir. Bu nedenle söz konusu koşulun “üçüncü kişiye ait olmamak” biçiminde değiştirilmesinin faydalı olabileceğini düşünmekteyiz.

SONUÇ

Normal koşullarda müsadereye konu edilebilecek bir eşyanın fail ve şerik dışındaki herhangi bir kimseye ait olması durumunda, eşyanın kendisinden ve sahibinden kaynaklanan olağan dışı bir tehlikenin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle TCK m. 54/1 hükmünün ilk cümlesinde, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olması durumunda müsadere kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Bahsi geçen düzenleme, fail ve şerik sıfatını taşımayan kişilere ait eşyaların müsadere edilip edilemeyeceği konusundaki tereddütleri gidermek bakımından olumlu sonuçlar doğursa da bünyesinde bazı problemlili alanları da barındırmaktadır.

TCK m. 54/1 açısından sorunlu olarak nitelendirilebilecek hususlardan ilki, hükmün formülasyonudur. Bilindiği üzere müsadereye ilişkin hükmün uygulanabilmesi bakımından eşya üzerinde bir veya birden fazla kişinin malik sıfatına sahip bulunması kural olarak (bkz. TCK m. 54/6) önemli değildir. Bununla birlikte, TCK m. 54/1'in ilk cümlesinde yer verilen “iyiniyetli üçüncü kişi[ler]e ait olmamak” biçimindeki ifadeye bulunan “-ler” çoğul eki, eşyanın fail/şerik dışındaki iyiniyetli “bir” üçüncü kişiye ait olması durumunda, müsadere kararı verilebileceği biçimindeki hatalı yorumu da mümkün kılmaktadır. Bu nedenle sözü edilen düzenlemedeki “-ler” ekinin çıkarılması veya hükümdeki “kişilere” ibaresinin daraltıcı yoruma tabi tutularak “kişiye” biçiminde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

İnceleme konumuzu teşkil eden koşulla ilgili problemlili hususlardan bir diğeri, söz konusu şartın düzenlendiği hüküm ile bu hükmün gerekçesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bazı yorumlara kapı aralmasıdır. Özellikle gerekçede, iyiniyetin varlığı/yokluğu bakımından kişinin suça iştirak edip etmediğinin ve suçun işlenişinden haberdar olup olmadığının birbirine alternatif kıstaslar olarak ileri sürülmüş olması, suç oluşturan eylemi gerçekleştirmeyen ve böyle bir eyleme şerik olarak da katılmayan kişiler bakımından müsadere tedbirinin uygulanabileceği izlenimi doğurmaktadır. Bir başka ifadeyle gerekçedeki açıklamalara göre bir kişi, suç kapsamında değerlendirilen bir eyleme iştirak etmese dahi suçun işlenişinden haberdar ise kendisine ait eşya müsadere edilebilecektir. Gerekçedeki ifade biçiminin doğurduğu bu yorum tarzının kanunilik ilkesi ile ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olması nedeniyle TCK m. 54/1'de değişiklik yapılarak bahsi geçen şartın “*üçüncü kişiye ait olmamak*” biçiminde yeniden formüle edilmesinin faydalı olabileceğini düşünmekteyiz.

Eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması koşulunda incelenmesi gereken üç temel husus bulunmaktadır: *Üçüncü kişi*, *ait olmama* ve *iyiniyet*. Bunlardan üçüncü kişi ibaresi, fail ve şerik dışındaki kişilere işaret etmektedir. Zira suç işleyen veya suça iştirak eden bireylerin suçtan sorumlu

tutulabilmeleri bakımından, kendilerini suç işlemeye sevk eden niyet kural olarak önemli değildir. Bu açıdan, fail ya da şerikin iyiniyetli olmasının, eşya müsaderesi kararı verilmesine engel teşkil etmeyeceği söylenebilir. Bununla birlikte eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olması müsadere kararı verilmesini engellediğinden, muhakeme sürecinde müsadere konusu eşyanın aidiyeti hususunun araştırılması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır.

TCK m. 54/1'de yer verilen “üçüncü kişi” ibaresinin fail ve şerik dışındaki kişileri kapsayacak biçimde yorumlanması, söz konusu ibarenin içeriği ile ilgili bütün muğlaklıkları gideren bir hüviyete sahip değildir. Bu noktada özellikle tartışılması gereken hususlardan biri de mağdurun üçüncü kişi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Kanaatimizce üçüncü kişi tabiri, iki tarafın bulunduğu bir ilişkinin dışında kalan bireyleri kastederken kullanıldığı ve suç teşkil eden eylem de bu anlamda fail/şerik ile mağdur arasında gerçekleştiği için, mağdurun üçüncü kişi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Aynı sonuç, mağdur ile suçtan gören sıfatının tek kişide birleştiği durumlar için de geçerlidir. Ancak bu durum, mağdura ait olup suçun işlenmesinde kullanılan eşyaların müsadere edilebileceği anlamına da gelmemektedir. Mağdura ait eşyaların müsadere edilmemesi gerektiği yönündeki sonuca, üçüncü kişi ibaresinin mağduru da kapsadığı yönündeki kabulden değil, yorum yoluyla ulaşılabileceği düşünmekteyiz: Suçtan herhangi bir zarar görmeyen üçüncü kişilerin eşyaları dahi kural olarak müsadere edilmediğine göre işlenen suçtan dolayı mağdur sıfatına sahip olan bireylere ait eşyaların evleviyetle müsadere edilmemesi gerekir.

İyiniyetli üçüncü kişiye ait olmamak biçimindeki olumsuz koşulda yer alan “ait olmamak” ibaresinin içeriği ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bahsi geçen görüşlerden ilki, ait olmamak tabirini mülkiyetle paralel bir biçimde değerlendirmektedir. Konu hakkındaki ikinci görüşe göre ise ait olmamak fiili, mülkiyet ve zilyetliği içerecek biçimde anlaşılmalıdır. Kanaatimizce müsaderenin bir ceza hukuku yaptırımı olması, [iyi]niyetine sonuç bağlanacak kişi ile eşya arasında hukuken geçerli asgari bir bağın kurulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle ait olmamak ibaresi ile ilgili yorum yapılırken *kural olarak* malikin iradesi dikkate alınmalıdır. Ancak mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış ve motorlu taşıtların haricen satılması gibi istisnâ durumlarda, bu kabulden ayrılması gerekebileceği de özellikle ifade edilmelidir.

İyiniyetli üçüncü kişiye ait olmamak koşuluna dâhil olan “iyiniyet” kavramı da doktriner tartışmalar ile tenkitlerin merkezinde bulunan bir içeriğe sahiptir. Her şeyden önce, bir ceza hukuku müessesesi olan müsadereye ilişkin koşulda, ceza hukukuna yabancı olan bu kavrama yer verilmesi eleştiri konusu yapılmaktadır. Yine TCK m. 54/1 hükmünün ilk cümlesinde yer verilen iyiniyet tabirinin özel hukuktaki iyiniyet ile örtüşüp örtüşmediği hususunda da birbirine zıt görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde hâkim olan kanaate göre bahsi geçen düzenlemedeki iyiniyet, özel hukuktaki iyiniyet kavramı ile aynı anlamda kullanılmıştır. Aksi yöndeki düşünce ise bahsi geçen koşuldaki iyiniyet tabirinin özel hukuktaki iyiniyet kavramı ile aynı anlama gelmediğini kabul etmektedir. Kanaatimizce de TCK m. 54/1'in ilk cümlesi, TCK m. 54/1-son cümle ve TCK m. 55/3 ile bağlantılı bir biçimde değerlendirildiğinde, kanun koyucunun özel hukuktaki iyiniyeti kastetmek istediğinde bunu açıkça belirttiği ve dolayısıyla inceleme konumuzu oluşturan şartın içeriğindeki “iyiniyet” ifadesinin özel hukuktaki iyiniyet kavramı ile en azından sonuçları itibarıyla örtüşmediği kabul edilmelidir.

TCK m. 54/1'de yer verilen "iyiniyet" ibaresinin özel hukuktaki iyiniyet kavramından farklı anlama geldiğinin tespit edilmiş olması, bahsi geçen düzenlemedeki problemlili alanların çözümü bakımından yeterli değildir. Bu kapsamda özellikle değinilmesi gereken hususlardan biri de TCK m. 54/1'in metni ile hükmün gerekçesinde kişinin hangi anda iyiniyetli ol[ma]ması gerektiğinin belirtilmemiş olmasıdır. Aynı sorun eşyaya hangi anda malik olan kişinin iyiniyetinin dikkate alınması gerektiği bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce TCK m. 54/1 ve m. 54/2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, bu konularda fiilin işlendiği an dikkate alınmalıdır.

TCK m. 54/1'de paylı mülkiyete tabi eşyaya suç işlenmesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durumda üçüncü kişi iyiniyetli olsun veya olmasın TCK m. 54/6 tatbik edilmeli ve suça iştirak etmeyen paydaşın payı müsadere yaptırımının dışında tutulmalıdır. Zira TCK m. 54/6, TCK m. 54/1'e göre özel hükümdür ve dolayısıyla öncelikle olarak göz önünde bulundurulmak zorundadır. Bu vesileyle paylı mülkiyet konusu eşyaya suç işlenmesi durumunda müsadere yaptırımına başvurulmasını suça iştirak etme koşuluna tabi kılan kanun koyucunun, eşyanın tek kişiye ait olduğu durumlarda müsadere yoluna gidilmesini aynı koşula bağlamamasının kendi içinde çelişki oluşturduğu da özellikle vurgulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Acar H, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu* (1. Baskı, Adalet 2019).
- Adam J, Schmidt K und Schumacher J, 'Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip' (2017) (1) NSTZ 7-12.
- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019).
- Akkaş AH, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Birakılma (Hak Yoksunlukları)* (1. Baskı, Adalet 2021).
- Altuğ Ş, *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı* (1. Baskı, Adalet 2017).
- Antalya OG, *Eşya Hukuku-Marmara Hukuk Yorumu - Cilt: IV/1* (4. Baskı, Seçkin 2021).
- Arslan Ç ve Azizağaoğlu B, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi* (1. Baskı, Asil 2004).
- Artuk ME, 'Güvenlik Tedbirleri' (2008) XII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 461-492.
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022).
- Ayan M ve Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş* (12. Baskı, Seçkin 2016).
- Aydın D, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak* (1. Baskı, Yetkin 2009).
- Aydın M, 'Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi' (2024) (15) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 141-168.
- Aydın ÖD, 'Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere' (1993) 43 (1-4) AÜHFD 143-156.
- Birtek F, *Ceza Hukuku Genel Hükümler - Temel Bilgiler* (5. Baskı, Adalet 2017).
- Birtek F, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (2. Baskı, Adalet 2017).
- Canoğlu VC, *Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi* (1. Baskı, Adalet 2022).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Beta 2021).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (9. Bası, Beta 2016).
- Certel A, *Müsadere* (1. Baskı, Seçkin 2008).

- Çavdar P, 'Türk Hukukunda Dürüstlük ve İyiniyet İlkelerinin Karşılığı Olarak İngiliz Hukukunda "Good Faith" İlkesi' (2022) 9 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163-185.
- Dalkılıç A, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere* (1. Baskı, Seçkin 2013).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2023).
- Donay S, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (1. Bası, Beta 2007).
- Dönmez BD, *Ceza Hukukunda Alternatif Kusur Şekilleri* (1. Baskı, İleri 2012).
- Dülger MV, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Seçkin 2023).
- Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi* (1. Baskı, Turhan 2015).
- Erman H, *Medeni Hukuk Dersleri - Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku* (6. Basım, Der 2016).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (60. Auflage, C.H. Beck 2013).
- Freund G, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Springer 2008).
- Fuchs H, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1* (7. Auflage, Springer 2008).
- Gedik D, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere* (2. Baskı, Adalet 2016).
- Gödeklı M, *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü* (1. Baskı, Adalet 2020).
- Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi - 2. Cilt* (1. Baskı, Adalet 2021).
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Springer 2005).
- Gümüş MA, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi' (2016) 22 (3) MÜHF-HAD 1221-1240.
- Güngör D ve Toroslu H, 'Müsadere Ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme' (2016) 65 (4) AÜHFD 1967-1980.
- Günler K, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2014) XVIII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 849-876.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, US-A 2012).
- Hafer E, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht – Allgemeiner Teil* (Verlag von Julius Springer 1926).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku* (25. Baskı, Adalet 2021).
- Hakeri H, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri* (1. Baskı, Seçkin 2003).
- Hassemer W und Neumann U, "Das Strafgesetz" in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann und Hans-Ulrich Paeffgen Strafgesetzbuch (Hrsg.), *Nomos Kommentar (NK-StGB)* (3. Auflage, Nomos 2010).
- Hatemi H, *Medeni Hukuka Giriş* (7. Bası, Vedat 2013).
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Kohlhammer 2016).
- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (4. Bası, Legal 2016).
- Kangal ZT, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu* (1. Baskı, Seçkin 2003).
- Kapusuzoğlu BT, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (1. Baskı, On İki Levha 2017).
- Kayihan Ş ve Ünlütepe M, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri* (1. Baskı, Seçkin 2016).
- Keyman S, 'Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket' (1988) 40 (1) AÜHFD 121-171.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (1. Baskı, Turhan 2019).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2023).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Adalet 2020).
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Franz Vahlen 2017).

- Mahmutoğlu FS ve Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (1. Baskı, Beta 2017).
- Malkoç İ, *Yeni Türk Ceza Kanunu - 1. Cilt (Maddi 1-178)* (3. Baskı, Malkoç 2008).
- Marlie M, 'Schuldstrafrecht und Willensfreiheit – Ein Überblick' (2008) (1) ZJS 41-46.
- Mastı AK ve Dölen A, 'Müsaderenin Mülkiyet Hakkı İle İlişkisinin Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi' (2022) 3 (1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 217-262.
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (2. Baskı, Seçkin 2020).
- Meran N, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu* (2. Baskı, Seçkin 2007).
- Metin Y, *Ölçülülük İlkesi* (1. Baskı, Seçkin 2002).
- Mezger E, *Strafrecht* (Zweite Auflage, Verlag von Duncker&Humblot 1933).
- Nuhoğlu A, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri* (1. Baskı, Adil 1997).
- Oğuzman MK ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (8. Bası, Beta 2000).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Özdemir SO, *Eşya Hukuku* (24. Bası, Filiz 2022).
- Okuyucu Ergün G, 'Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi' (2021) (153) TBB Dergisi 169-185.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2022).
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2023).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Seçkin 2023).
- Öztan B, 'Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu' (1969) 26 (1) AÜHFD 193-215.
- Öztan B, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları* (37. Bası, Turhan 2012).
- Öztürk B ve Mustafa Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (23. Baskı, Seçkin 2023).
- Parlar A ve Hatipoğlu M, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu- 1. Cilt* (3. Baskı, Seçkin 2010).
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Band I* (4. Auflage, C.H. Beck 2006).
- Schmidhäuser E, *Einführung in das Strafrecht* (2. Auflage, Westdeutscher 1984).
- Serozan R, *Medeni Hukuk – Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (4. Bası, Vedat 2013).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin 2014).
- Soygüt Arslan MB, 'Türk Ceza Hukukunda Müsaderesi' (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2014).
- Soygüt MB, '5237 Sayılı TCK'nun Güvenlik Tedbirleri Bakımından Getirmiş Olduğu Yeni Hükümlere Genel Bakış' (2006) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175-202.
- Stratenwerth G und Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat* (6. Auflage, Franz Vahlen 2011).
- Şimşirgil A ve İkinci EB, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle* (İkinci Baskı, KTB 2008).
- Taneri G, *Müsaderesi* (1. Baskı, Bilge 2013).
- Topaç TH, 'Eşya Müsaderesi (TCK 54)' (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 47-70.
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (23. Baskı, Savaş 2016).
- Uçarıılmaz TŞ, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı Ve Çağdaş Hukuka Etkisi' (2018) (135) TBB Dergisi 335-382.
- Umutlu HH ve Önder MF, 'İşçinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Davranışları Nedeniyle İşverenin İş Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı' (2020) 2 (2) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Oğuzhan Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 158-177.
- Yarayan A, *Türk Medeni Hukuku - Temel Bilgiler* (1. Baskı, Yetkin 2013).
- Yardımcı TE, 'Müsaderesi Kararı Bakımından Cebri İcra İşlemleri' (2019) 9 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 364-411.

Yerdelen E, *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi* (1. Baskı, Adalet 2010).

Yıldırım A ve Duman Ö, 'Adalet Yolunda Bir "Nehir Sınavı" Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu Ve Müsadere' (2018) 67 (1) AÜHFD 145-199.

Yılmaz Z, *Teori ve Uygulamada Müsadere* (2. Baskı, Seçkin 2003).

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler - TCK m. 1-75* (4. Bası, Beta 2015).

Zeytin Z ve Ergün Ö, *Türk Medeni Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2013).

Avrupa-Türkiye Karşılaştırmalı Sanal Çocuk Pornografisi: Çocuk Pornografisinde Gerçek Çocuk Yoksa Suç da Yok mudur?

Virtual Child Pornography – A Comparison of Europe and Türkiye: Is It a Crime If There are no Real Children in Child Pornography?

Zeynep REVA* 

ÖZ

Sanal çocuk pornografisi, gerçek bir çocuğun dahil olmadığı, ancak dahil olduğu izlenimi veren, bilgisayar tarafından oluşturulmuş görüntüler veya diğer dijital teknikler kullanılarak oluşturulan bir pornografi türüdür. Sanal çocuk pornografisinde gerçek çocukların kullanılmaması “Suç oluşacak mıdır?” sorusunu beraberinde getirmektedir. Bu çalışma, bu soruyu Türkiye ve Avrupa ülkeleri özelinde karşılaştırarak tartışmayı amaçlamaktadır.

Çalışma, literatürdeki araştırma ve verilerin sistematik bir incelemesine ve analizine dayanmaktadır. Literatür taraması “Ulakbim Türk Akademik Ağı ve Bilgi Merkezi”, “Google Akademik”te Ocak 2023-Mayıs 2023 tarihleri arasında “sanal çocuk pornografisi” kelimeleri kullanılarak yapılmıştır.

Sanal çocuk pornografisi, bilgisayar tarafından oluşturulan görüntüler veya animasyonlar kullanılarak çocukların cinsel istismarını veya sömürüsünü oluşturan her türlü uygulamayı kapsamaktadır. Tamamen bilgisayar tarafından üretilmiş görüntülerini kullanılması, “Gerçek çocuk yoksa suç oluşacak mıdır?” tartışmalarının yolunu açmıştır. Birleşik Krallık’ta, görüntü bilgisayar tarafından oluşturulmuş olsa bile, 18 yaşın altındaki bir çocuğun müstehcen davranışlarda bulunduğu izlenimi veren herhangi bir görüntü veya video kaydı sanal çocuk pornografisi olarak tanımlanmakta ve suç olarak düzenlenmektedir. Sanal çocuk pornografisinin dağıtımı, üretimi, satın alınması ve bulundurulması Almanya’da ve İtalya’da da suç olarak düzenlenmiştir. Sanal çocuk pornografisi, Türk Ceza Kanunu’ndaki temsili çocuk görüntülerinin kullanıldığı müstehcenlik suçu kapsamında değerlendirilmektedir. 3D modelleme programı kullanarak cinsel eylemlerde bulunan çocuk görüntüsü oluşturan ve bunları sosyal medyada paylaşan kişiler hakkında hapis cezasına hükmedilen yargı kararları mevcuttur.

Sanal çocuk pornografisi; bu tür içeriğe olan talebi artırmakta, çocuklarla cinsel ilgiyi teşvik etmekte veya normalleştirmekte, çocuk pornografisi sektörünü beslemekte ve izleyicileri çocukların cinsel sömürüsünün neden olduğu zarara karşı duyarsızlaştırarak gerçek çocukların cinsel sömürüsüne katkıda bulunmaktadır. Sanal çocuk pornografisi, pornografik materyalde gerçek çocuklar kullanılmadığı için sanki tehlikeli değilmiş gibi görünse aslında en az gerçek çocuk pornografisi kadar tehlikelidir. Sanal çocuk pornografisini üretmek, dağıtmak, satın almak veya bulundurmak için içinde gerçek çocuklar olmasa bile ceza gerektiren bir suçtur. Gerçek çocuğun varlığı suçu ağırlaştırabilir ama gerçek çocuğun yokluğu suçu hafifletmeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Sanal çocuk pornografisi, temsili çocuk pornografisi, müstehcenlik, morphed görüntü.

* Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı, zeynep.reva@ozyegin.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0719-2175.

ABSTRACT

Virtual child pornography is a form of pornography that depicts children engaged in sexually explicit conduct, but is generated using computer-generated images rather than using actual children. The fact that real children are not used in virtual child pornography raises the question “Will there be a crime?” This study aims to discuss this question by comparing it with Türkiye and European countries.

The study is based on a systematic review and analysis of research and data in the literature. The literature review was conducted using the words “virtual child pornography” at “Ulakbim Turkish Academic Network and Information Center”, “Google Scholar” between January 2023 and May 2023.

Virtual child pornography includes any practice that constitutes sexual exploitation of children using computer-generated images or animations. The use of wholly computer-generated images has triggered on the discussions of “if there are no real children, will there be a crime In the UK any image or video recording that appears to be a child under the age of 18 engaging in sexually explicit conduct, even if the image is computer-generated, has been criminalized as virtual child pornography. The distribution, production, acquisition, and possession of virtual child pornography is illegal and criminalized in Germany and Italy. Virtual child pornography is considered within the scope of obscenity by using visual representations of children in the Turkish Penal Code. There are judicial decisions that impose a prison sentence on people who create images of children who engage in sexual acts using a 3D modelling program and share them on social media.

Virtual child pornography, increases the demand for this type of content; promotes or normalizes sexual interest in children; fuels the child pornography industry; and contributes to the sexual exploitation of real children by desensitizing viewers to the harm caused by the sexual exploitation of children. Although it may not seem dangerous since real children are not used in the pornographic material, virtual child pornography is as dangerous as actual child pornography. The presence of an actual child may aggravate the offence, the absence of a actual child will not mitigate it.

Keywords: Virtual child pornography, pseudo child pornography, obscenity, morphed image

GİRİŞ

Teknoloji insanlara sağladığı rahat yaşam koşulları, iş ve işlemlerin daha hızlı ve yaygın etkili olarak yapılabilmesi noktalarındaki avantajları ile vazgeçilmez niteliktedir. Özellikle internet ağı sayesinde dünyanın bir ucundan başka bir ucuna saniyeler içinde milyonlara bilgi ulaştırılabilmektedir. Sayısız faydalarının yanı sıra yeni teknolojiler, yeni suç tehlikeleri de yaratabilmektedir. Geleneksel yoldan işlenen suçlarla mücadele etmek bile oldukça zorken bir de bilinmeyen veya az bilinen yeni teknolojiler kullanılarak işlenen suçlarla mücadele etmek daha da zorlayıcı olmaktadır.

Cinsel suçlar da teknolojiyen olumsuz etkilenen suç türlerinden birisidir. Zira internetin kullanılma biçim, cinsel suç failleri için sayısız fırsatlar oluşturabilmektedir. Cinsel suçların en önemlilerinden birisi de çocuk pornografisidir. Diğer cinsel istismar türlerinden farklı olarak çocuk pornografisinde, cinsel doyum cinsel bir eylemde bulunmakla değil, çocuklarla ilgili cinsel materyallere bakmakla gerçekleşmektedir. Çocuk pornografisi, teknolojinin gelişmesi ile basılı materyalden daha hızlı, daha kolay ve daha ekonomik aktarım imkanı sağlayan internet teknolojisi ile yeni bir boyut kazanmıştır. Teknolojinin daha da gelişmesi ile artık görüntülerde ve videolarda gerçek çocuk görüntülerinin değil sanal çocuk görüntülerinin olduğu pornografik materyaller oluşturulmaya başlanmıştır. Bu da pornografik materyalde gerçek bir çocuğun yer almadığı durumlarda ortada menfaati zedelenen gerçek bir çocuk olmadığı için bir suç oluşup oluşmayacağını da tartışmaya açmıştır.

Bu çalışma “Çocuk pornografisinde gerçek çocukların kullanılmaması halinde suç oluşacak mıdır?” sorusunu Türkiye ve Avrupa ülkeleri özelinde karşılaştırarak tartışmayı amaçlamaktadır.

Çalışma, literatürdeki araştırma ve verilerin sistematik bir incelemesine ve analizine dayanmaktadır. Literatür taraması “Ulakbim Türk Akademik Ağı ve Bilgi Merkezi”, “Google Akademik”te 1 Ocak 2023 – 31 Mayıs 2023 tarihleri arasında “sanal çocuk pornografisi” kelimeleri kullanılarak Türkiye ile Avrupa ülkeleri başta olmak üzere ülke karşılaştırmalı olarak yapılmıştır. Ülke karşılaştırmasında, yasal mevzuatına ulaşılabilen Almanya, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Danimarka, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Romanya, Ukrayna ve Yunanistan olmak üzere 12 Avrupa ülkesi incelenmiştir. Yanı sıra ; Avrupa ülkesi olmamasına rağmen yetişkin pornografisini de suç sayan düzenlemesiyle farklı bir açılıma sahip olan İran ve , sanal çocuk pornografisine ifade özgürlüğü bakımından yaklaşması nedeniyle farklı bir açılım getiren İran, Japonya ve Kanada olmak üzere Avrupa dışından 3 ülke de incelenmiştir. Bu kapsamda 12 Avrupa ülkesi, 3 Avrupa dışından ülke ve son olarak da ülkemiz olarak üzere toplam 16 ülke tablolaştırılarak incelenmiştir.

I. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE KAVRAMSAL BAKIŞ

A. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNİN TANIMI

Bilgisayar yardımıyla gerçek çocuklar kullanılmadan üretilen çocuk pornografisi “sanal çocuk pornografisi”, “çocuksuz çocuk pornografisi”¹ ya da “kurgusal pornografi”² olarak adlandırılmaktadır³.

Sanal çocuk pornografisi; bilgisayar ortamında yaratılan pornografik materyalin kullanılması olarak da tanımlanmakta ve sanal görüntülere de gerçek olmayan durumların gerçekmiş gibi görüldüğü grafik çalışmaları tekniğiyle yapılan yapay görüntüler şeklinde açıklık getirilmektedir⁴.

Sanal çocuk pornografisi, gerçek bir çocuğun cinsel içerikli eyleme dahil olmadığı ancak dahil olduğu izlenimi veren ve bilgisayar tarafından oluşturulmuş olan görüntülerdir. Sanal çocuk pornografisinin önemli kısmını tamamen bilgisayarlar aracılığıyla oluşturulan ve gerçek çocukların görüntülerinin değil, bilgisayar tarafından oluşturulan görüntüler (computer-generated images – CGI) oluşturmaktadır⁵. Biçimlendirilmiş görüntü veya bilgisayar/teknoloji tarafından oluşturulan

- 1 Debra D. Burke, “The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question” (1997) 34(2) Harvard Journal on Legislation 439.
- 2 Ulrich Sieber, “Criminal Law Provisions Against Child Pornography.” (1999) 15(5) Computer, Law & Security Report, 295 http://www.asem.org/Documents/99ConfVienna/sie_porn.pdf Erişim Tarihi: 23 Aralık 2023.
- 3 Şerife Çam, “Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular” (2003) 1(2), İletişim Araştırmaları Dergisi 55, 56. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/23/668/8516.pdf> Erişim Tarihi 23 Aralık 2023.
- 4 Neil Levy, “Virtual Child Pornography: The Eroticization of Inequality” (2002) Ethics and Information Technology 4; Sevil Yıldız, “Uluslararası Ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi” (2011) 1(1) Erciyes İletişim Dergisi 183. <https://dergipark.org.tr/en/pub/erciyesiletisim/issue/5860/77572?publisher=erciyes> Erişim Tarihi: 23 Aralık 2023.
- 5 David Oswell, “When Images Matter: Internet Child Pornography, Forms of Observation and an Ethics of the Virtual, Information Communication and Society” (2006) 9(2) 249. DOI: 10.1080/136.911.80600630807; Oğuz Polat ve Zeynep Reva, “Cinsel suçlarda sanal gerçeklik: Sanal çocuk pornografisi” iç Sağlık Alanında Büyük Veri Analitiği ve Uygulamaları

görüntüler yöntemiyle üretilen sanal çocuk pornografisi; görüntüler, bilgisayar tarafından oluşturulan görüntüler veya animasyonlar kullanılarak çocukların cinsel istismarını veya sömürüsünü simüle eden her türlü medyayı ifade etmektedir⁶.

B. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE YAYILMASI

Cinsel istismarın ulaştığı en uç nokta olarak değerlendirilen⁷ çocuk pornografisi, hukuksal, psikolojik, toplumsal, kültürel ve ahlaki olarak pek çok boyutuyla multidisipliner alanda değerlendirildiği gibi işin içine yeni teknolojilerin de girmesi ile bilgi teknolojileri sistemleri alanında da değerlendirilmesi gereken bir konu haline gelmiştir.

1990'lı yılların sonunda yapılan bir çalışma yaklaşık 2.000 çocuğun doğrudan cinsellik içeren fotoğraflarda kullanıldığını ve bunların 300-350 adedinin de hard-core porno kapsamında olduğunu belirtmektedir⁸. Aynı çalışma internetten her hafta yaklaşık 2.000-4.000 görüntüye ulaşılan araştırma kapsamında her ay 1 ya da 2 yeni çocuğun fotoğraflarına rastlanıldığına; bu fotoğrafların ağırlıklı olarak 7-8 ve 10-11 yaş gruplarına ait olduğuna; yaş sınırının gitgide düştüğüne ve gitgide 5-6 yaş altındaki çocukların da kullanıldığı fotoğrafların bulunduğu dikkat çekmektedir⁹.

İnternet, çocuk pornografisi ticaretine küresel bir boyut kazandırmış ve çok hızlı yayılmasına neden olmuştur. Gelişmiş bilgisayarlar yoluyla animasyon teknikleri sayesinde herhangi bir çocuk görüntüsü olmadan da yetişkin bir bedenin çocuk bedenine transferi söz konusu olabilmektedir¹⁰.

İnternet kullanımının gelişmesi ile yaygın, hızlı ve ekonomik bir transfer ağı yakalayan çocuk pornografisi yapay zeka teknolojileri ile farklı bir boyut daha kazanarak sanal çocuk pornografisinin doğmasına neden olmuştur. Çocuk pornografisi bir suç tipi olarak uluslararası alanda dünyayı tehdit eden önemli sorunlardan birisi haline gelmiştir¹¹.

C. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNİN ÜRETİLME BİÇİMLERİ

Çocuk pornografisinin teknoloji kullanılarak üretilmesinde biçimlendirilmiş görüntü ve bilgisayar/teknoloji tarafından oluşturulan görüntüler olmak üzere esas olarak iki yöntem söz konusudur¹².

(ed) Bilge Y (1. Bası, Türkiye Klinikleri, 2021) 30.

6 Patrick W. Galbraith, "Lolicon: The reality of 'virtual child pornography' in Japan" (2011) 12(1) Image & Narrative 84; Chuck Kleinhans, "Virtual Child Porn: The Law and the Semiotics of the Image" (2004) 3(1) Journal of Visual Culture 18, 20.

7 Çam (n 3) 56.

8 Çam (n 3) 62; Max Taylor "The Nature and Dimensions of Child Pornography on the Internet" (1999) http://www.asem.org/Documents/99ConfVienna/pa_taylor.html Erişim Tarihi 17 Kasım 2023.

9 Çam (n 3) 64; Taylor (n 6).

10 Yusuf Uzunay ve Mustafa Koçak, "İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi ve Mücadelede Yaşanan Sıkıntılar" (2005) 7 (1) Polis Bilimleri Dergisi 98.

11 Uzunay ve Koçak, (n 10) 98; Polat ve Reva (n 5) 33.

12 Danielle Cisneros, "'Virtual Child' Pornography on the Internet: A 'Virtual' Victim?" (2002) Duke Law & Technology

Morphed görüntü olarak da isimlendirilen biçimlendirilmiş veya dönüştürülmüş görüntü yöntemine göre; gerçek bir fotoğraf dijital olarak değiştirilmektedir. Dijital ortamda yapılan değişikliklerle bazı kısımlar değiştirilmekte, eklenmekte ve çıkarılmaktadır. Bu yöntemin kullanılması birçok farklı şekilde olabilmektedir¹³. “Morphing” kelimesi, bir bilgisayarın bütün bir görüntü oluşturmak için farklı nesnelere arasındaki boşlukları doldurmasına olanak tanıyan bir teknik olan “metamorfoz” kelimesinin kısaltmasıdır¹⁴. En sık yapılan uygulamalardan birisi; bir çocuğun yüzünü, yetişkin pornografik bir resmin üzerine yerleştirmek veya bir çocuğun resmine bir ekleme yapmak (örneğin dondurma yemek gibi) ve sonra bu resmi pornografik bir resmin üzerine yerleştirmeyi kapsamaktadır. Öyle bir kompozisyon oluşturulmaktadır ki sanki çocuk bir seks eylemine katılmış gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır¹⁵. Sanal çocuk pornografisi açısından yine önemli bir kavram olan ve sözlük anlamı “sözde, yalan, kasıtlı aldatma, sanal” olan “pseudo” kavramı da “morphing” türüyle üretileceği gibi çeşitli bilgisayar yazılımları kullanılarak da üretilebilmektedir¹⁶. Hatta “pseudo-child/pseudo çocuk” şeklinde yani yapay çocuk maketlerinin çocuk pornografisinde kullanılması şeklinde de ortaya çıkabilmektedirler¹⁷. “Pseudo” görüntüler, pornografik üründe gerçek çocuklar kullanılmadığı için ilk başta tehlikeli gibi görünmese de aslında en az gerçek çocuk pornografisi ürünleri kadar tehlikelidirler. Zira, “gerçek çocuk” pornografisi görüntüsü ile “pseudo çocuk” pornografisi görüntüsünü birbirinden ayırt etmek çok zordur¹⁸.

İkinci dönüşüm şekli ise, yetişkinlere yönelik pornografik bir görüntünün grafik işleme programı kullanılmak suretiyle bir çocuk görüntüsüne dönüştürülmesidir. Burada kalçaların daraltılması, göğüs boyutlarının küçültülmesi, fizyolojik özelliklerde değişiklik yapılması ve ortaya bir çocuk görüntüsü çıkarılması söz konusudur¹⁹. Yapay zekanın gelişmesi ile tamamen bilgisayar tarafından üretilen görüntüler (computer-generated images – CGI) kullanılmaya başlanmıştır.

Review (1) 1; Stacey Steinberg, “Changing Faces: Morphed Child Pornography Images and the First Amendment” (2019) 68 (909) Emory Law Journal 909; Hany Farid, “Creating and Detecting Doctored and Virtual Images: Implications to The Child Pornography Prevention Act” (2004). Computer Science Technical Report TR2004-518, 3. https://digitalcommons.dartmouth.edu/cs_tr/255 Erişim Tarihi 17 Ocak 2024; Polat ve Reva (n 5) 31.

13 Cisneros (n 12) 1; Steinberg (n 12) 909; Farid (n 12) 3; Polat ve Reva (n 5) 31.

14 Burke (n 1) 440.

15 Cisneros (n 12) 1; Steinberg (n 12) 909; Farid (n 12) 3; Polat ve Reva (n 5) 31.

16 Atilla Öztürk (n 55) 209.

17 Uzunay ve Koçak (n 10) 6.

18 Atilla Öztürk (n 55) 210.

19 Polat ve Reva (n 5) 31.

II. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNİN NEDENLERİ

Biçimlendirilmiş görüntüler veya tamamen bilgisayar tarafından oluşturulmuş görüntüler sanal çocuk pornografisi üretilmesinin arkasında birkaç temel neden vardır²⁰. (*Şekil-1*)

Cinsel tatmin
•Bazı kişiler, çocukların cinsel istismarını simüle eden görüntüleri izlemekten veya oluşturmaktan cinsel uyarılma ve tatmin bulabilmektedir.
Zararsız olduğu düşüncesi
•Pornografik materyalde gerçek çocuklar kullanılmadığı için bunun zararlı ve yasa dışı olmadığına dair düşüncelere sahip olunabilmektedir.
Mali kazanç
•Sanal çocuk pornografisi, içeriği tüketicilere satan üreticiler ve dağıtımcılar için kârlı bir iş olabilmektedir.
Psikolojik sorunlar
•Sanal çocuk pornografisi oluşturan veya tüketen bazı kişiler, pedofili veya çocuklukta cinsel istismar öyküsü gibi alta yatan psikolojik sorunlara sahip olabilmektedir.
Merak
•Bazı kişiler bu tür içerikleri merak edebilir ve meraklarını gidermek için arayabilmektedir.
Fantezi
•Sanal çocuk pornografisi, bireylerin cinsel fantezilerini fiilen yasa dışı davranışlarda bulunmadan gerçekleştirmeleri için bir araç olabilmektedir.

Şekil-1: Sanal Çocuk Pornografisi Üretilmesinin Arkasındaki Bazı Temel Nedenler

III. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNİN ETKİLERİ

Sanal çocuk pornografisi, hem görüntülerde tasvir edilen çocuklar üzerinde hem de toplumun bütünü üzerinde ciddi etkiler bırakabilmekte ve pek çok olumsuz etkiye neden olabilmektedir²¹. (*Şekil-2*)

20 Emily Weissler, "Head Versus Heart: Applying Empirical Evidence About the Connection Between Child Pornography and Child Molestation to Probable Cause Analyses" 2013 (82) Fordham Law Review 1515, 1528; Ian A. Elliott and Anthony R. Beech, "Understanding online child pornography use: Applying sexual offense theory to internet offenders" (2009) 14(3) Aggression and Violent Behavior 185; Jeremy Prichard, Paul A. Watters and Caroline Spiranovic, "Internet subcultures and pathways to the use of child pornography" (2011) 27(6), Computer Law & Security Review 586, 593; Sebastien Prat, Ingrid Bertsch, Noemie Praud, Aline-Claire Huynh and Robert Courtois, "Child pornography: Characteristics of its depiction and use" (2020) 88(3) Medico-Legal Journal 139-143.

21 Claudia Ratner, "When 'sweetie' is not so sweet: artificial intelligence and its implications for child pornography" (2021) 59(2) Family Court Review 392; Levy (n 4) 319, 320; Raphael Cohen-Almagor, "Online child sex offenders: Challenges

Çocuklara zarar vermesi

- Sanal çocuk pornografisinin oluşturulması ve yayılması, çocukların cinsel sömürüsünü ve istismarını sürdürdüğü için görüntülerde tasvir edilen çocuklara zarar verebilir. Ek olarak, bu görüntülerde tasvir edilen çocuklar utanç, suçluluk ve travma yaşayabilmektedir.

Çocuk cinsel istismarının normleştirilmesi

- Sanal çocuk pornografisinin üretimi ve tüketimi, çocukların cinsel istismarını normleştirebilmekte ve bu tür davranışları önemsizleştiren veya kabul eden bir kültüre katkıda bulunabilmektedir.

Çocuklara yönelik cinsel istismar riskinde artış

- Sanal çocuk pornografisinin yaratılması ve tüketilmesi, gerçek çocuk cinsel istismarına bir geçit görevi görebilmektedir. Çünkü bu tür davranışların neden olduğu zarara karşı bireyleri duyarsızlaştırabilmektedir.

Yasal sonuçlar

- Sanal çocuk pornografisinin bulundurulması ve dağıtılması çoğu ülkede yasa dışıdır ve hapis ve cinsel suçlu kaydı dahil olmak üzere ciddi yasal sonuçlara yol açabilir.

Psikolojik etkiler

- Sanal çocuk pornografisine maruz kalma, bireyler üzerinde şiddete karşı duyarsızlaşma ve cinsel sapkınlık gibi olumsuz psikolojik etkilere sahip olabilir.

Şekil-2: Sanal Çocuk Pornografisinin Olumsuz Etkileri

Genel olarak, sanal çocuk pornografisi, çocuklar ve bir bütün olarak toplum için ciddi sonuçları olan zararlı ve yasa dışı bir uygulamadır. Bireylerin bu davranışın yol açtığı zararı fark etmesi ve bunu önlemek için adımlar atması önemlidir.

IV. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNİN ETİK VE AHLAKİ BOYUTU

Gerçek çocuk görüntülerinin kullanılmadığı ve tamamen bilgisayar kanalıyla üretilen sanal çocuk görüntülerinin kullanıldığı sanal çocuk pornografisi; ortada fiilen zarar gören gerçek bir çocuk olmadığı için etik ve ahlaki açıdan farklı görüşlere neden olmuştur.

and counter measures” (2013) 52(2) The Howard Journal of Criminal Justice 196; Larissa S. Christensen, Dominique Moritz and Ashley Pearson, “Psychological perspectives of virtual child sexual abuse material” 2021 25(4) Sexuality & Culture 1360; Valerie Sheehan and Joe Sullivan, “A qualitative analysis of child sex offenders involved in the manufacture of indecent images of children” (2010) 16(2) Journal of Sexual Aggression 151, 164; Charani Patabendige, “Legal Analysis on ‘Child Pornography’ on the Internet as a Cyber Crime” (2022) 3 Royal Institute of Colombo Law Journal 6, 8, 9 <https://inss.lk/index.php?id=414> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024; Mohammed Chawki, “Online Child Pornography: A New Challenge for the Society” (2021) In ConScienS Conference Proceedings Scientia Moralitas Research Institute 129; Bryant Paul and Daniel G. Linz, “The effects of exposure to virtual child pornography on viewer cognitions and attitudes toward deviant sexual behavior” (2008) 35(1) Communication Research 34-35.

Bir görüş öldürme eyleminin yanlış ve hatta suç olmasına rağmen bilgisayar oyunlarındaki “sanal öldürme/sanal cinayet” eylemelerinin sosyal olarak kabul edildiğini, çünkü hiçbir “gerçek” kişinin aslında bir bilgisayar oyununda “öldürülmediğini” örnek göstererek sanal çocuk pornografisinin de bu kategoride değerlendirilebileceğini savunmaktadır²².

Diğer görüş ise; gerçek çocuklar kullanılmamış olsa da sanal çocuk pornografisinin bu tür içeriğe olan talebi artırdığını, çocuklarla cinsel ilişkiyi teşvik ettiğini veya normalleştirdiğini, çocuk pornografisi sektörünü beslediğini ve çocukların cinsel sömürüsüne karşı izleyicileri duyarsızlaştırarak gerçek çocukların cinsel sömürüsüne katkıda bulunduğunu ve bu yönleriyle etik ve ahlaki açıdan kabul edilebilir olmadığını savunmaktadır²³.

V. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE DAİR YASAL DÜZENLEMELER

A. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE DAİR BAZI ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinde “*çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemelerde kullanılarak sömürülmesi*”nden söz edilmekte ve fakat bu terimin bir tanımı verilmemektedir²⁴.

Birleşmiş Milletlerin “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokolü'nün 2/c maddesi çocuk pornografisini; “*Çocuğun gerçekte veya **taklit suretiyle** bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi*” olarak tanımlamaktadır²⁵.

Spesifik olarak çocukların cinsel şiddetten korunmasına adanan ilk bölgesel anlaşma olan Lanzarote Sözleşmesi'nin (Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi) 20.2 maddesi, “çocuk pornografisi” terimini; “*Çocuğu gerçekte veya **temsili** açık*

22 Morgan Luck, “The gamer’s dilemma: An analysis of the arguments for the moral distinction between virtual murder and virtual paedophilia” (2009) 11 Ethics and Information Technology 33-34.

23 Landripet I and Stulhofer A and Diamond M, “Assessing the influence of pornography on sexual violence: a cross-cultural perspective” (2006). In: International Behavioral Development Symposium, Minot, North Dakota, August 3-6, 2005 in International Academy for Sex Research conference. Amsterdam, The Netherlands (July 12-15, 2006) <https://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2005to2009/2005-assessing-the-influence.html> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.; Landripet, I., Stulhofer, A., & Diamond, M. (2006).”Assessing the influence of pornography on sexual violence: a cross-cultural perspective” (2006) Paper presented at the International Academy for Sex Research. Amsterdam In: International Academy for Sex Research conference. Amsterdam, The Netherlands (July 12-15); Polat ve Reva (n), 36.

24 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi. (1989). <https://www.unicef.org/child-rights-convention> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

25 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokolü, RG: 28.06.2022/24799.

bir cinsel davranış içinde görsel olarak gösteren herhangi bir materyal ya da çocuğun cinsel organlarının esas itibariyle cinsel amaçlarla gösterilmesi” şeklinde tanımlamaktadır²⁶.

Lanzarote Sözleşmesi'nin 20(1) maddesinde de taraf devletlerin “*çocuk pornografisi üretilmesi; çocuk pornografisi sunulup temin edilmesi; çocuk pornografisi dağıtılması ve iletilmesi; kendisi ya a başkaları için çocuk pornografisi temin edilmesi ve çocuk pornografisine bilerek katılmak*” eylemlerinin suç olarak düzenlenmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirlerin alınması gerektiği düzenlenmektedir.

2004/68/ JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararının yerine geçen 13 Aralık 2011 tarih ve 2011/93/EU sayılı Çocukların Cinsel İstismarı ve Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele başlıklı AB Direktifi'nin 2. maddesi çocuk pornografisini;

(i) Gerçek ya da temsili ama açıkça cinsel davranış içindeki çocuğu görsel olarak ortaya koyan herhangi bir materyal;

(ii) en başta cinsellik amacına yönelik olarak çocuğun cinsel organlarının gösterilmesi;

(iii) en başta cinsellik amacına yönelik olarak, çocuk gibi görünen bir kişiyi gerçek ya da temsili ama açıkça cinsel davranış içinde gösteren ya da çocuk gibi görünen bir kişinin cinsel organlarını gösteren herhangi bir materyal ya da

(iv) en başta cinsellik amacına yönelik olarak, cinselliği açık davranış içindeki çocuğun gerçekçi görüntüleri ya da çocuğun cinsel organlarının gerçekçi görüntüleri”

olarak tanımlamaktadır²⁷. Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 9. maddesi²⁸, çocuk pornografisi ile ilgili düzenleme içermektedir. Sözleşmenin 9. maddesinin 93. paragrafında bendinde çocuk pornografisi kapsamına giren eylemler olarak “Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan bir kişinin katılımı; cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit görünmeyen bir kişinin katılımı; cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan bir kişinin katılımını gösteren görüntüler” belirtilmektedir. Bu sözleşme ülkemizde 6533 sayılı Kanun ile mevzuatımıza girmiştir²⁹.

Görüldüğü üzere, çocuk pornografisine dair temel uluslararası düzenlemeler sadece gerçek çocukların görsel tasvirini değil aynı zamanda çocuk görünümüne bürünmüş yetişkin kişilerin ve gerçekte var olmayan ve bilgisayar yazılım ve programlama (teknoloji) yoluyla üretilen temsili çocuk görüntülerini de kapsamaktadır.

26 Lanzarote Sözleşmesi (Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Sözleşmesi, RG: 10.09.2011/28050

27 Çocukların Cinsel İstismarı ve Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele başlıklı 13 Aralık 2011 tarih ve 2011/93/EU sayılı AB Direktifi (2011). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0093&qid=168.938.0371964> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

28 Convention on Cybercrime – Explanatory Report (2001) 15-16 <https://rm.coe.int/16800cce5b> Erişim Tarihi: 15 Ocak 2024.

29 6533 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun RG. 02.05.2014/28988.

B. SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE DAİR BAZI AVRUPA ÜLKELERİNDEKİ YASAL DÜZENLEMELER

1. Almanya

Alman Ceza Kanunu'nun 184c Bölümü, 14 yaşın altındaki gerçek veya gerçekmiş gibi görünen bir çocuğun cinsel faaliyetlerde bulunduğunu veya cinsel bir şekilde tasvir edildiğini gösteren her türlü resim veya video kaydını içeren gerçek çocuk pornografisinin bulundurulmasını, edinilmesini ve dağıtılmasını suç saymakta ve 3 yıla kadar hapis cezası veya para cezası öngörmektedir³⁰.

2. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'ta, Ceza Adaleti ve Göçmenlik Yasası'nın 63 ilâ 69. maddeleri görüntü bilgisayar tarafından oluşturulmuş olsa bile, 18 yaşın altındaki bir çocuğun pornografik eylemlerde bulunduğu izlenimi veren herhangi bir görüntü veya video kaydını çocuk pornografisi olarak tanımlamakta ve böyle bir görüntünün bulundurulmasını, üretilmesini veya dağıtılmasını da suç saymaktadır. Bir çocuğun fotoğrafı gibi görünen, ancak aslında dijital biçimlendirme veya bir çocuğun yüzünü bir yetişkinin vücuduna dönüştürmek veya yerleştirmek gibi diğer teknikler kullanılarak oluşturulmuş bir görüntülerinin kullanıldığı pornografik malzeme bulundurma, üretmek ve dağıtmak suç olup 3 yıla kadar para cezası veya hapis cezası veya hem hapis hem de para cezası öngörmektedir³¹.

3. Bulgaristan

Bulgaristan'da gerçek çocukların kullanıldığı çocuk pornografisi üretme ve bulundurma yasa dışı olmakla birlikte "gerçekçi görüntülerin" veya "sanal/temsili çocuk görüntülerinin" kullanıldığı biçimler suç kapsamında düzenlenmemiştir³².

4. Danimarka

Danimarka'da çocuk pornografisinin bulundurulması, dağıtılması ve üretilmesi yasa dışı olup çocuk pornografisi dağıtmanın 6 yıla kadar hapis cezası bulunmaktadır. Ancak Danimarka'da çocukların "pornografik" çizimlerini yasaklayan hiçbir yasa bulunmadığı gibi sanal çocuk pornografisi de suç olarak düzenlenmemiştir³³.

30 Alman Ceza Kanunu madde 184c https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1834 Erişim Tarihi 17 Ocak 2024

31 Birleşik Krallık Ceza Adaleti ve Göçmenlik Yasası Madde 63-69 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/4/part/5/enacted> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

32 ECPAT Executive Summary: Bulgaria (2021) 4. https://ecpat.org/wp-content/uploads/2021/08/Ex_Summary_CIS_BULGARIA_FINAL.pdf. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024

33 Country Report on Human Rights Practices: Denmark (2020). <https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/denmark/> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024

Danimarka'da Sexologisk Klinik tarafından hazırlanan bir rapor pedofiliyi tasvir eden karikatürlerin ve çizimler, insanları gerçek hayatta çocuklara yönelik cinsel suçlar işlemeye teşvik etmediğini iddia etmiştir. Buna bağlı olarak bu çizimlerin zarar verici davranışları teşvik ettiği kanıtlanamadığı sürece, düşünce, ifade ve sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiği ileri sürülmüştür. Öte yandan karşıt olan bir görüş de pedofil eğilimleri olan insanların bu görsel alemin içine çekileceğini ve bir süre sonra sadece resimlere bakmaktan tatmin olmayacaklarını ve gerçeğini denemek isteyeceklerini iddia etmektedir³⁴.

5. Hırvatistan

Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 163/3 maddesi çocuk pornografisini suç olarak düzenleyerek 3 ilâ 12 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Ancak 163/6 maddesinde "sanatsal, tıbbi, bilimsel ve bilgilendirici" nitelikte olması halinde sanal çocuk pornografisini suç olarak kabul edilmediği düzenlenmiştir³⁵.

6. Hollanda

Hollanda Ceza Kanunu'nun 240b maddesi uyarınca çocuk pornografisi üretme, bulundurma ve satma yasa dışıdır. Sanal çocuk pornografisi ise görüntünün niteliğine göre suç kapsamına girmekte ve 4 yıla kadar hapis cezası veya beşinci kategoriden para cezasına hükmedilebilmektedir³⁶.

7. İspanya

İspanyol Ceza Kanunu'nun 189. maddesi uyarınca çocuk pornografisi suç olarak düzenlenmiş olup 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilmektedir. Çocuğun 13 yaşından küçük olması halinde 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası söz konusu olmaktadır³⁷. Sanal çocuk pornografisi gerçekçi olmayan kurgusal tasvirleri içermesi durumunda suç olarak kabul edilmemektedir. Savcıların çocuk pornografisi içeren çizgi roman veya mangaların (çizgi romanların) peşine düşmeyeceğine dair haberler yayınlanmıştır³⁸.

34 CPH Post "Report: cartoon paedophilia harmless". 23 July 2012. <https://cphpost.dk/2012-07-23/news/national/report-cartoon-paedophilia-harmless/> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024

35 Hırvatistan Ceza Kanunu (2023) <https://web.archive.org/web/202.101.15143108/http://www.mvpep.hr/files/file/dokumenti/prevoğenje/zakoni/kazneni-zakon-nn-125-11-eng.pdf> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024

36 Hollanda Ceza Kanunu. (2023). <https://antislaverylaw.ac.uk/wp-content/uploads/2019/08/Netherlands-Criminal-Code.pdf> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024

37 Country Report on Human Rights Practices: Spain (2020) <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/10/SPAIN-2020-HUMAN-RIGHTS-REPORT.pdf> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

38 Manuel Marraco, 'Savcılar çocuk pornografisi içeren çizgi roman veya mangalara dava açmayacak/ Los fiscales no perseguirán nfant ni manga de pornografía nfantile' El Mundo Gazetesi (Madrid, 21 Haziran 2015) Haber İspanyolca olup, haber ispanyolca çeviri yaptırılarak incelenmiştir. <https://www.elmundo.es/elmundo/hemeroteca/2015/06/21/m/index.html>. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

8. İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun 197. maddesi uyarınca, gerçek veya temsili çocuk görüntülerini içeren çocuk pornografisinin üretilmesi, bulundurulması ve dağıtılması suç olarak düzenlenmiş olup 3 yıla kadar hapis cezası veya para cezasına hükmedilmektedir.³⁹

9. İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'nun 600bis maddesi, çocukların fuhuş amacıyla sömürülmesin suç olarak saymakta olup 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ve 150.000 avroya kadar para cezası öngörmektedir. Çocukları tasvir eden pornografik görüntülerin bilgisayar aracılığı ile grafik tekniklerle oluşturulması halinde yüksek kaliteli çözünürlükleri nedeniyle gerçek durumları temsil ediyor gibi görüldüğü için sanal çocuk pornografisi de suç olarak öngörülmektedir. Ancak sanal çocuk pornografisinde çocuklar fiilen cinsel ilişkinin içinde olmadığı için cezası üçte bir oranında azaltılmaktadır. Ayrıca, çocuk pornografisi bulundurmaktan veya dağıtmaktan suçlu bulunan kişiler, çocuklarla temas gerektiren işlerde çalışmamaktadır⁴⁰.

10 Romanya

Romanya Ceza Kanunu'nun 374. maddesi, çocuk pornografisinin üretimini, dağıtımını ve bulundurulmasını da suç saymakta ve 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Romanya Ceza Kanunu'nun 374. maddesinin 4. fıkrası gerçek bir kişiyi temsil etmese de, reşit olmayan bir kişiyi inandırıcı bir şekilde taklit/temsili eden pornografik materyali de suç olarak kabul etmektedir⁴¹.

11. Ukrayna

Ukrayna'da, bazı "Çocuk Model Ajanslarının" çıplak çocukların fotoğraflarını çekmek için banyolara gizli kameralar yerleştirdiği, komşu ülkelerden fuhuş amaçlı kaçırılan çok sayıda çocuk vakası olduğu iddia edilmektedir⁴². Bununla birlikte Ukrayna Ceza Kanunu, gerçek ve sanal çocuk pornografisi olsa çocuk pornografisinin üretimini, dağıtımını ve bulundurulmasını yasaklamaktadır⁴³.

39 İsviçre Ceza Kanunu madde 197 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

40 ECPAT, "Country Review A report on the scale, scope and context of the sexual exploitation of children: Romain" (2019) 17-18. https://ecpat.org/wp-content/uploads/2021/08/ECO_Italy_FINAL_6February2019.pdf. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

41 Romanya Ceza Kanunu madde 374, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/%20109855> Romence'den Türkçe'ye çeviri yaptırılarak incelenmiştir. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

42 Country Report on Human Rights Practices: Ukraine (2020) 1. https://web.archive.org/web/2020.001.12183233/https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/04/EXSUM_A4A_CIS_UKRAINE.pdf Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

43 Country Report on Human Rights Practices: Ukraine (n 35) 3-4.

12. Yunanistan

Yunanistan'da gerçek ve sanal çocuk pornografisi olmak üzere her türlü çocuk pornografisi yasa dışıdır. Yunan Ceza Yasası'nın 348A maddesi, çocuk pornografisi suçu için 2 yıla kadar hapis cezası ve 50.000 ila 300.000 Euro arasında para cezası öngörmektedir⁴⁴.

C. DİĞER BAZI ÜLKELERDE SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE DAİR YASAL DÜZENLEMELER

1. İran

İran'da gerçek ve sanal çocuk pornografisi suç olduğu gibi yetişkinlerin pornografi de suç olarak düzenlenmiştir. Herhangi bir pornografik materyalin üretimi, dağıtımı ve bulundurulması yasa dışıdır⁴⁵.

2. Japonya

Manga (çizgi roman) ve animenin (çizgi film) marka ülkesi olan Japonya'da manganın bir alt türü olan H-manga cinsel açıdan sömürücü özellikler içermektedir. Manga kelimesinin önündeki "H" eki; seksi, kirli, yaramaz ve şehvetli davranışlar anlamına gelmekte olup Japonca'da "sapık" anlamına gelen "hentai" kelimesine gönderme yaptığı belirtilmektedir⁴⁶. Japonya'da gerçek çocukların kullanıldığı çocuk pornografik materyallerin bulundurulması, üretilmesi ve dağıtılması suç olarak düzenlenmişken "lolicon" ve "shotacon" gibi sanal çocuk pornografisi suç kapsamı dışındadır. Genç kızları kışkırtıcı bir şekilde poz veren açık kıyafetlerle tasvir eden "chakuero", "lolicon" ve "shotacon" materyalleri suç olarak sayılmamakta ve ifade özgürlüğü kapsamında korunan "kültürel ve sanatsal faaliyetler" kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁷.

3. Kanada

Kanada Ceza Kanunu'nun 163. maddesi hem gerçek hem de sanal çocuk pornografisinin üretimini, dağıtımını ve bulundurulmasını yasaklamakta olup eylemin türüne göre 1 ile 14 yıl arasında değişen hapis cezalarına hükmedilebilmektedir⁴⁸. Ancak, 2011'de Kanada Yüksek Mahkemesi, oyçokluğu

44 European Commission Migration and Home Affairs Department, "Global Alliance against Child Sexual Abuse Online: Greece" (2016) 1. https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2016-12/ga_commitment_-_greece_en.pdf. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

45 Country Report on Human Rights Practices: Iran (2016). <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/265708.pdf>. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

46 ECPAT, "Country Review A report on the scale, scope and context of the sexual exploitation of children: Japan" (2018) 10. <https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2021/08/ECPAT-Country-Overview-Japan-1.pdf>. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

47 Juulia Karjalainen, "Japan's limited definition and criminalization of child pornography and its international legal obligations" (Bachelor's thesis, Tallinn University of Technology School of Business and Governance, 2021) 4, 5, 23, 32. <https://digikogu.taltech.ee/en/Download/edbd92fe-b942-4cd5-86bd-83d66b2ded37>. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

48 Kanada Ceza Kanunu madde 163 <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-163.1.html>. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

ile karar verdiği R. v. Sharpe davasında, özel olarak tutulan hayali yazılar veya görsel malzemeler de dahil olmak üzere çocuklara zarar verme riski olmayan veya çok az olan sanıklar tarafından yaratılan materyallerin bulundurulmasının yasaklanmasını ifade özgürlüğüne haksız müdahale olarak değerlendirmiştir. Dava, demokratik bir toplumda temel olan ifade özgürlüğü ve çocukların istismardan korunma hakkı olmak üzere iki menfaatin çatışmasını konu almaktadır. Mahkeme, bir hakkın kullanılmasını kısıtlayan bir yasanın, sınırlamanın ulaşmak istediği amaç ile orantılı olması durumunda anayasal olacağını belirtmiştir. Mahkeme, hayal gücüne dayalı özel eserlerin yasaklanmasının, bir kişiyi düşüncelerinden dolayı suçlamak anlamına geleceğine, sanık tarafından özel olarak oluşturulan ve özel olarak tutulan hayali yazılar veya hayali görsel materyallerin çocuklara zarar verme riskinin olmayacağına ya da çok az olacağına karar vermiştir. Mahkeme bu gerekçeye dayanarak “bu materyallerin bulundurulmasını yasaklayan yasanın ifade özgürlüğüne haksız yere müdahale ettiğine ve yasanın anayasaya aykırı olduğuna” oy çokluğu ile karar vermiştir. Azınlıkta kalan karşı görüş ise yasanın anayasaya uygun olduğunu, ifade özgürlüğüne getirilen bu sınırlamanın çocukları istismardan korumak için gerekli olduğunu, hayali materyallerin kullanıldığı pornografilerde gerçek çocuk kullanılmamasına rağmen bu materyallerin çocukların cinsel istismarını teşvik ettiğini savunmuştur⁴⁹.

D. TÜRKİYE’DE SANAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE DAİR YASAL DÜZENLEMELER

Türk Ceza Kanunu⁵⁰ (TCK)’nda “pornografi” adı altında değil “müstehcenlik” adı altında bir suç bulunmaktadır. Doktrinde müstehcenlik kavramının cinsellik, erotizm, çıplaklık ve pornografi gibi kavramları içeren üst bir kavram olduğu belirtilmektedir⁵¹.

TCK 226. maddesinin başlığı her ne kadar başlığı “Müstehcenlik” olarak düzenlenmiş olsa da içerik olarak çocuk pornografisi olarak nitelendirilebilecek materyallerin üretimi, satışı, satışı arzı, çoğaltılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması gibi eylemler cezalandırılmaktadır⁵².

TCK’nın “Müstehcenlik” başlıklı 226. maddesi aynen aşağıdaki gibidir:

Müstehcenlik

Madde 226 – (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

49 Kanada Yüksek Mahkemesi, R. v. Sharpe davası. (2001). <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/r-v-sharpe.html>. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

50 5237 Türk Ceza Kanunu madde 226 RG: 12.10.2004/25611.

51 Gülden Atilla Öztürk, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018) 2. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=T1mWGp9MngYYkCSgijvtVkbaBJ2BjX8cXgLq0HQkjFDoSYHyBITOmDO2PG9VvT1v> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.

52 Ayşe Ashihan Erbaşı, “Çocuk Pornografisi” (2007) 81(4), 55-64 İstanbul Barosu Dergisi 59.

b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten,

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklamını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayımlayan veya yayımlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, **temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi**, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayımlayan veya yayımlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.

TCK'nın 226. maddesinin 3. fıkrasındaki "temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri" ifadesi maddenin ilk halinde yer almamaktaydı. 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30/3 maddesiyle, bu fıkra da yer alan "çocukları" ibaresi "çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri" şeklinde değiştirilmiştir⁵³. TCK'nın 226. maddesinin 3. fıkrasına yapılan bu ekleme ile "sanal çocuk pornografisi", "temsili çocuk görüntüsü" olarak müstehcenlik suçu kapsamına alınmıştır. 2016 yılında yapılan bu değişiklikle TCK 226/3. maddesi uluslararası düzenlemelere de uygun hale getirilmiştir⁵⁴. Ancak şunu da belirtmek gerekir

53 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 30/3. RG: 07.04.2016/29677.

54 Tuğçe Işıkoğlu, 'Müstehcenlik Suçu' (Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu

ki; bu değişiklikten önce de TCK m. 226/3 açısından gerçek bir çocuğun varlığının şart olmadığını, gerçek çocuk olmadan çocuk pornografisi üretilmişse, burada korunmak istenen hukuki değer nedeniyle, hareket halen suç olarak kabul edilmesi gerektiğini, zira bu tarz ürünler ile çocuklar çeşitli cinsel hareketlerde bulunmaya teşvik edildiğini, çocukların cinsel ilişki de kullanılabileceğinin vurgulandığını, çocukların cinsel hareketlere katılımının sıradanlaştırılması tehlikesinin bulunduğunu savunan görüşler de mevcuttu⁵⁵.

Peki TCK'ya sonradan eklenen "temsili çocuk" teriminin kapsamı nedir? Yasada tanımı yapılmadığı için bu terimin içinin literatür bilgisiyle ve ileride çıkacak yargı içtihatlarıyla doldurulacağı düşünülmektedir. "Temsili çocuk" terimi içine gerçek çocuk olmayan ve çocuğu taklit ve temsil eden temsil eden her görüntü girebilecektir. Bu noktada yukarıdaki bölümlerde anlatılan "pseudo çocuk" ve "morphed görüntü" dışında yine teknolojik gelişmelerle gündeme yeni bir kavram olan "avatar" kavramı bakımından da değerlendirme yapmak gerekecektir. "Avatar", "sanal ortamlarda kullanıcıların kendilerini temsil etmesi için kullandıkları simge"yi ifade etmektedir⁵⁶. Bu noktada, "çocuk avatarlı" bir kişiyle sanal ortamda gerçekleştirilen pornografik eylemler TCK 226. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesi kapsamında temsili çocuk görüntüsü olarak kabul edilip suç kapsamında sayılacak mıdır? Bilgisayar oyunlarındaki "avatarlar" gerçek dünyadaki pek çok aktiviteyi gerçekleştiriyormuş gibi hareket edebilmektedirler. Bu bağlamda "çocuk avatarlı" bir kişi, cinsel ilişkiyi temsil eden bir eylemi gerçekleştirdiği takdirde müstehcenlik suçu oluşacak mıdır? Her ne kadar "çocuk avatarın" aslında bir çocuk değil de yetişkin bir kişi olma ihtimali bulursa da gerçekleşen eyleme bakıldığında sanal dünyada da olsa izleyiciye gerçekmiş izlenimi verdiği için suç bakımından yeterli olacağını savunan görüşler bulunmaktadır⁵⁷. Ancak bu noktada başka bir konunun daha tartışmalara açık olacağı görüşündeyiz. Şöyle ki, izleyiciye gerçekmiş izlenimi vermesi unsuru da aranacaksa o zaman aslında gerçekçi olmadığı anlaşılan ancak yine de çocuk görüntüsünün pornografik materyale konu olduğu durumlarda çocuk pornografisi sektörü yine beslenmiş olmayacak mıdır? Ya da çocukların bu tip cinsel eylemlerde bulunması normalleştirilmiş olmayacak mıdır? Bu konunun da ileride farklı tartışmaları beraberinde getirebileceği düşünülmektedir.

TCK'nın 226. maddesinin son fıkrasında "Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz." ifadesi yer almaktadır. Buna göre çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında müstehcenlik suçu oluşmayacaktır. Ancak inceleme yapılan diğer bazı ülkelerden farklı ülkemizdeki düzenleme sanal çocuk pornografisini düzenleyen 3. fıkrayı bu bakımdan hariç tutmuştur. Böylece, sanal çocuk pornografisi materyalini üreten, bulunduran, dağıtan kişiler bu materyallerin sanatsal veya edebi değer taşıdığını ileri süremeyeceklerdir.

Hukuku Ana Bilim Dalı, 2021) 82. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=9MiDp3x86xrwjpi5-14weU59jMkUKFbYt5XWTr9fpAEaUE-HcDchXXEPeJB1PLv> Erişim Tarihi: 27 Nisan 2024.

55 Çam (n 3) 69.

56 Atilla Öztürk (n 55) 208.

57 Atilla Öztürk (n 55) 209.

Son olarak, çeşitli ülkelerde sanal çocuk pornografisi için verilen cezaların miktarı analiz edildiğinde, daha az gelişmiş ülkelerde gelişmiş ülkelere nispeten daha yüksek cezalar düzenlendiği görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki caydırıcılık kanunda öngörülen cezanın çok olmasından ziyade suçun cezasının infaz edileceğine olan inançtan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda ülkemizde de yüksek cezalar yerine infaz edilebilir miktarda cezalar verilmesi önemli olacaktır.

VI. ÜLKE KARŞILAŞTIRMA TABLOSU

Ülke	Suç Teşkil Eden Eylem	Öngörülen Ceza	İlgili Yasal Düzenleme / Rapor
Türkiye	Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanmak.	5 yıldan 10 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası.	Türk Ceza Kanunu madde 226.
Almanya	14 yaşın altındaki gerçek veya gerçekçi bir çocuğun cinsel faaliyetlerde bulunduğunu veya cinsel bir şekilde tasvir edildiğini gösteren her türlü resim veya video kaydını içeren gerçek çocuk pornografisinin bulundurulması, edinilmesi ve dağıtılması.	3 yıla kadar para cezası veya adli para cezası.	Alman Ceza Kanunu, madde 184c.
Birleşik Krallık	Bir çocuğun fotoğrafı gibi görünen, ancak aslında dijital biçimlendirme veya bir çocuğun yüzünü bir yetişkinin vücuduna dönüştürmek veya yerleştirmek gibi diğer teknikler kullanılarak oluşturulmuş bir görüntülerinin kullanıldığı pornografik malzeme bulundurmak, üretmek ve dağıtmak.	3 yıla kadar para cezası veya para cezası veya hem hapis hem de para cezası.	Birleşik Krallık Ceza Adaleti ve Göçmenlik Yasası 63 ilâ 69. maddeleri.
Bulgaristan	“Gerçekçi görüntüler” veya “sanal/ temsili çocuk görüntüleri”nin kullanıldığı biçimler suç olarak düzenlenmemiştir.		ECPAT Bulgaristan Raporu, 2021.
Danimarka	Çocukların “pornografik” çizimlerini yasaklayan hiçbir yasa bulunmadığı gibi sanal çocuk pornografisi de suç olarak düzenlenmemiştir.	Çocuk pornografisi için 6 yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olup sanal çocuk pornografisi suç olarak düzenlenmemiştir.	Country Reports on Human Rights Practices: Denmark, 2020.
Hırvatistan	Sanatsal, tıbbi, bilimsel ve bilgilendirici” nitelikte olmayan çocuk pornografisi.	Çocuk pornografisi için hapis cezası öngörülmüş olup “sanatsal, tıbbi, bilimsel ve bilgilendirici” nitelikte olması halinde sanal çocuk pornografisini suç olarak kabul edilmemektedir.	Hırvatistan Ceza Kanunu 163/3. Maddesi.
Hollanda	Çocuk pornografisi üretme, bulundurma ve satma yasa dışıdır. Sanal çocuk pornografisi ise görüntünü niteliğine göre suç kapsamına girmekte veya girmemektedir.	4 yıla kadar hapis cezası veya beşinci kategoriden para cezası	Hollanda Ceza Kanunu’nun 240b maddesi.

İspanya	Çocuk pornografisi suç olarak düzenlenmiştir. Gerçekçi olmayan kurgusal tasvirleri içermesi durumunda sanal çocuk pornografisi suç olarak kabul edilmektedir.	1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Çocuğun 13 yaşından küçük olması halinde 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası söz konusu olmaktadır.	Country Report on Human Rights Practices: Spain, 2020.
İsviçre	Gerçek veya temsili çocuk görüntülerini içeren çocuk pornografisinin üretilmesi, bulundurulması ve dağıtılması suç olarak düzenlenmiştir.	3 yıla kadar hapis cezası	İsviçre Ceza Kanunu'nun 197. maddesi.
İtalya	Çocukların hem gerçek hem de sanal görüntülerini içeren çocuk pornografisinin üretilmesi, bulundurulması ve dağıtılması.	Çocuk pornografisi için 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ve 150.000 avroya kadar para cezası öngörülürken sanal çocuk pornografisinde ceza üçte bir oranında azaltılmaktadır.	İtalyan Ceza Kanunu'nun 600. Maddesi.
Romanya	Gerçek bir çocuğu temsil etmese de, reşit olmayan bir kişiyi inandırıcı bir şekilde taklit/temsil eden çocuk pornografisinin üretimi, dağıtımı ve bulundurulması.	1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası.	Romanya Ceza Kanunu'nun 374. maddesi.
Ukrayna	Cinsel eylemde bulunan çocukların sanal tasvirlerini içeren çocuk pornografisinin üretimi, dağıtımı ve bulundurulması.	12 yıla kadar hapis cezası.	Country Report on Human Rights Practices: Ukraine, 2020.
Yunanistan	Gerçek ve sanal çocuk pornografisi olmak üzere her türlü çocuk pornografisi	2 yıla kadar hapis cezası ve 50.000 ilâ 300.000 Euro para cezası.	Yunan Ceza Yasası'nın 348A maddesi.
İran	Gerçek ve sanal çocuk pornografisi suç olduğu gibi yetişkinlerin pornografi de suç olarak düzenlenmiştir.		Country Report on Human Rights Practices: Iran, 2016
Japonya	Japonya'da gerçek çocukların kullanıldığı çocuk pornografik materyallerin bulundurulması, üretilmesi ve dağıtılması suç olarak düzenlenmişken Lolicon ve Shotacon gibi sanal çocuk pornografisi suç kapsamı dışındadır. Bunlar, ifade özgürlüğü kapsamında korunan "kültürel ve sanatsal faaliyetler" kapsamında değerlendirilmektedir.		ECPAT, Japonya, 2021.
Kanada	Hem gerçek hem de sanal çocuk pornografisinin üretimi, dağıtımı ve bulundurulması.	1 ile 14 yıl arasında değişen hapis cezası. Ancak Kanada Yüksek Mahkemesi, R. v. Sharpe davasında hayali görüntü niteliğindeki sanal çocuk pornografisinin yasaklanmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulunmuştur.	Kanada Ceza Kanunu madde 163.

VII. SONUÇ VE ÖNERİ

Ülkeler karşılaştırması tablosu analiz edildiğinde; ülkelerin çoğunluğunda sanal çocuk pornografisinin suç olarak düzenlenmiş olduğu, ancak sanal çocuk görüntülerinin “sanatsal, tıbbi, bilimsel ve bilgilendirici” nitelikte olması halinde suç kapsamına almayan ülkeler (örneğin Hırvatistan), kültürel(!) bir değer olarak görülen Lolicon ve Shotacon gibi görüntüleri sanal çocuk pornografisi suç kapsamı dışında tutan ülkeler (Japonya gibi) ve sanal çocuk pornografisinin yasaklanmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulan ülkeler (Kanada gibi) ve sanal çocuk pornografisini suç kapsamında düzenleyen ve fakat gerçek çocuklar fiilen cinsel ilişkinin içinde olmadığı için cezayı üçte bir oranında indiren ülkeler (İtalya gibi) bulunduğu görülmektedir. Danimarka’da da pedofiliyi tasvir eden karikatürlerin ve çizimlerin, insanları gerçek hayatta çocuklara yönelik cinsel suçlar işlemeye teşvik etmediğini iddia eden, bu çizimlerin zarar verici davranışları teşvik ettiği kanıtlanamadığı sürece düşünce, ifade ve sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiği ileri süren görüşler mevcuttur.

Görüşümüze göre; sanal çocuk pornografisi, gerçek çocuklar kullanılmamış olsa da bu tür içeriğe olan talebi artırmakta, çocuklarla cinsel ilgiyi teşvik etmekte veya normalleştirmekte, çocuk pornografisi sektörünü beslemekte ve izleyicileri çocukların cinsel sömürüsünün neden olduğu zarara karşı duyarsızlaştırarak gerçek çocukların cinsel sömürüsüne katkıda bulunmaktadır. Çocuğun herhangi bir istismara maruz kalmamasına rağmen adeta cinsel ilişki içindeymiş algısı yaratan bir fotoğrafın yayınlanması ve fiilen yaşanmış bir çocuk istismarı kadar tehlikeli ve çocuk için zarar vericidir.

Kaldı ki gerçek çocukların kullanılmadığı veya gerçek olay içermeyen sofistike dijital tekniklerin kullanıldığı ürünler olan “pseudo” fotoğraf veya görüntüler başta tehlikeli değilmiş gibi görünse de aslında en az gerçek çocuk pornografisi ürünleri kadar tehlikelidirler. İlk olarak gerçek çocukların yer aldığı çocuk pornografisi ve “pseudo/sanal çocukların” yer aldığı çocuk pornografisi görüntülerini birbirinden ayırt etmek çok zordur. Her ne kadar bu görüntüler gerçek olmasa da izleyenler kişiler bakımından gerçek çocuk olarak algılanabilmekte ve çocukları olağan mağdur konumuna sokabilmektedirler⁵⁸.

Sanal çocuk pornografisi; bu tür içeriğe olan talebi artırmakta, çocuklarla cinsel ilgiyi teşvik etmekte veya normalleştirmekte, çocuk pornografisi sektörünü beslemekte ve izleyicileri çocukların cinsel sömürüsünün neden olduğu zarara karşı duyarsızlaştırarak gerçek çocukların cinsel sömürüsüne katkıda bulunmaktadır.

Sanal çocuk pornografisini üretmek, dağıtmak, satın almak veya buldurmak işin içinde gerçek çocuklar olmasa bile ceza gerektiren bir suçtur. Gerçek çocuğun varlığı suçu ağırlaştırabilir ama gerçek çocuğun yokluğu suçu hafifletmeyecektir.

Sanal çocuk pornografisi, pornografik materyalde gerçek çocuklar kullanılmadığı için sanki tehlikeli değilmiş gibi görünse aslında en az gerçek çocuk pornografisi kadar tehlikelidir.

58 Atilla Öztürk (n 55) 210.

KAYNAKÇA:

- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 226. RG: 12.10.2004/25611.
- 6533 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun RG. 02.05.2014/28988
- 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 30/3. RG: 07.04.2016/29677.
- Alman Ceza Kanunu madde 184c https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1834 Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.
- Atilla Öztürk G, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018) 2. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=T1mWGp9MngYYkCSgiJvtVkbaBJ2BjX8cXgLq0HQkjFD0SYHyBlTOmDO2PG9VvT1v> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Birleşik Krallık Ceza Adaleti ve Göçmenlik Yasası Madde 63-69 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/4/part/5/enacted> Erişim Tarihi: 17 January Ocak 2024. 4.
- Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989) <https://www.unicef.org/child-rights-convention> Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024.
- Burke DD, “The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question” Harvard Journal on Legislation 34(2) 439-472.
- Çam Ş, “Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular” (2003) 1(2) İletişim Araştırmaları Dergisi 55-86. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/23/668/8516.pdf> Erişim Tarih: 23 Aralık 2023.
- Chawki M, “Online Child Pornography: A New Challenge for the Society” (2021) In ConScienS Conference Proceedings Scientia Moralitas Research Institute 124-131.
- Christensen LS, Moritz D and Pearson A, “Psychological perspectives of virtual child sexual abuse material” 2021 25(4) Sexuality & Culture 1353-1365.
- Cisneros, D, (2002). “‘Virtual Child’ Pornography on the Internet: A ‘Virtual’ Victim?” (2002) Duke Law & Technology Review (1) 1-8.
- Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokolü, RG: 28.06.2002/24799
- Çocukların Cinsel İstismarı ve Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele başlıklı 13 Aralık 2011 tarih ve 2011/93/EU sayılı AB Direktifi (2011). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0093&qid=168.938.0371964>. Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.
- Cohen-Almagor R, “Online child sex offenders: Challenges and counter measures” (2013) 52(2) The Howard Journal of Criminal Justice 190–215.
- Convention on Cybercrime – Explanatory Report (2001) <https://rm.coe.int/16800cce5b> Erişim Tarihi: 15 Ocak 2024.
- Country Report on Human Rights Practices: Denmark (2020). <https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/denmark/> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Country Report on Human Rights Practices: Iran (2016). <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/265708.pdf> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Country Report on Human Rights Practices: Spain (2020) <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/10/SPAIN-2020-HUMAN-RIGHTS-REPORT.pdf> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Country Report on Human Rights Practices: Ukraine (2020) <https://web.archive.org/web/202.001.12183233/> https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/04/EXSUM_A4A_CIS_UKRAINE.pdf Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.

- CPH Post “Report: cartoon paedophilia harmless”. 23 July 2012. <https://cphpost.dk/2012-07-23/news/national/report-cartoon-paedophilia-harmless/> Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.
- ECPAT Executive Summary: Bulgaria (2021) 4. https://ecpat.org/wp-content/uploads/2021/08/Ex_Summary_CIS_BULGARIA_FINAL.pdf Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- ECPAT, “Country Review A report on the scale, scope and context of the sexual exploitation of children: Japan” (2018) 10. <https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2021/08/ECPAT-Country-Overview-Japan-1.pdf> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- ECPAT, “Country Review A report on the scale, scope and context of the sexual exploitation of children: Romain” (2019) 17-18. https://ecpat.org/wp-content/uploads/2021/08/ECO_Italy_FINAL_6February2019.pdf Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Elliott IA and Beech AR, “Understanding online child pornography use: Applying sexual offense theory to internet offenders” (2009) 14(3) *Aggression and Violent Behavior* 180-193.
- European Commission Migration and Home Affairs Department, “Global Alliance against Child Sexual Abuse Online: Greece” (2016) 1. https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2016-12/ga_commitment_-_greece_en.pdf Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Farid H, “Creating and Detecting Doctored and Virtual Images: Implications to The Child Pornography Prevention Act” (2004) *Computer Science Technical Report TR2004-518*, 1-13.
- Galbraith PW, “Lolicon: The reality of ‘virtual child pornography’ in Japan” (2011) 12(1) *Image & Narrative* 83-119.
- Hırvatistan Ceza Kanunu (2023) <https://web.archive.org/web/202.101.15143108/http://www.mvep.hr/files/file/dokumenti/prevodenje/zakoni/kazneni-zakon-nn-125-11-eng.pdf> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Hollanda Ceza Kanunu madde 163, <https://antislaverylaw.ac.uk/wp-content/uploads/2019/08/Netherlands-Criminal-Code.pdf> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024. https://digitalcommons.dartmouth.edu/cs_tr/255 Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- İşikoğlu T, ‘Müstehcenlik Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2021). https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=9MiDp3_x86xrwjpi5-14weU59jMkUKFbYt5XWTr9fpAEaUE-HcDchXXEpejB1PLv Erişim Tarihi: 27 Nisan 2024
- İsviçre Ceza Kanunu madde 197 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Juulia Karjalainen, “Japan’s limited definition and criminalization of child pornography and its international legal obligations” (Bachelor’s thesis, Tallinn University of Technology School of Business and Governance, 2021) 4, 5, 23, 32. <https://digikogu.taltech.ee/en/Download/edbd92fe-b942-4cd5-86bd-83d66b2ded37> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Kanada Ceza Kanunu madde 163 <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-163.1.html> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Kanada Yüksek Mahkemesi, R. v. Sharpe davası. (2001). 4 <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/r-v-sharpe.html> Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Kleinhans C, “Virtual Child Porn: The Law and the Semiotics of the Image” (2004) 3(1) . *Journal of Visual Culture* 17–34. <https://doi.org/10.1177/147.041.2904042267>
- Landripet I and Stulhofer A and Diamond M, “Assessing the influence of pornography on sexual violence: a cross-cultural perspective” (2005). In: *International Behavioral Development Symposium*, Minot, North Dakota, August 3-6, 2005 <https://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2005to2009/2005-assessing-the-influence.html> Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024.

- Landripet, I., Stulhofer, A., & Diamond, M, (2006).` Assessing the influence of pornography on sexual violence: a cross-cultural perspective`. Paper presented at the International Academy for Sex Research. In: International Academy for Sex Research conference. Amsterdam, The Netherlands (July 12-15).
- Lanzarote Sözleşmesi (Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Sözleşmesi, RG: 10.09.2011/28050.
- Levy N, “Virtual child pornography: The eroticization of inequality” (2002) 4 *Ethics and Information Technology* 319-323.
- Luck M, “The gamer’s dilemma: An analysis of the arguments for the moral distinction between virtual murder and virtual paedophilia” (2009) 11 *Ethics and Information Technology* 31–36.
- Marraco M, ‘Savcılar çocuk pornografisi içeren çizgi roman veya mangalara dava açmayacak/ Los fiscales no perseguirán cómics ni manga de pornografía infantil’ *El Mundo Gazetesi* (Madrid, 21 Haziran 2015) Haber İspanyolca olup, haber ispanyolca çeviri yaptırılarak incelenmiştir. <https://www.elmundo.es/elmundo/hemeroteca/2015/06/21/m/index.html>. Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Oswell D, *When Images Matter: Internet Child Pornography, Forms of Observation and an Ethics of the Virtual*, Information Communication and Society (2006) April 2006, 9(2). DOI: 10.1080/136.911.80600630807 https://research.gold.ac.uk/id/eprint/1998/1/SOC_Oswell_2006a.pdf Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Patabendige C, “Legal Analysis on ‘Child Pornography’ on the Internet as a Cyber Crime” (2022) 3 *Royal Institute of Colombo Law Journal* <https://inss.lk/index.php?id=414>
- Paul B and Linz DG, “The effects of exposure to virtual child pornography on viewer cognitions and attitudes toward deviant sexual behavior” (2008) 35(1) *Communication Research* 3-38.
- Polat O ve Reva Z, “Cinsel suçlarda sanal gerçeklik: Sanal çocuk pornografisi” iç Sağlık Alanında Büyük Veri Analitiği ve Uygulamaları (ed) Bilge Y (1. Bası, Türkiye Klinikleri, 2021) 30-36.
- Prat S, Bertsch I, Praud N, Huynh, AC and Courtois R, “Child pornography: Characteristics of its depiction and use” (2020) 88(3) *Medico-Legal Journal* 139-143.
- Prichard J, Watters PA and Spirano C, “Internet subcultures and pathways to the use of child pornography” (2011) 27(6) *Computer Law & Security Review* 585-600.
- Ratner C, “When ‘sweetie’ is not so sweet: artificial intelligence and its implications for child pornography” (2021) 59(2) *Family Court Review* 386-401.
- Romanya Ceza Kanunu madde 374, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/%20109855> Romence’den Türkçe’ye çeviri yaptırılarak incelenmiştir. Erişim Tarihi: 17 Ocak 2024.
- Sheehan V and Sullivan J, “A qualitative analysis of child sex offenders involved in the manufacture of indecent images of children” (2010) 16(2) *Journal of Sexual Aggression* 143–167.
- Steinberg S, “Changing Faces: Morphed Child Pornography Images and the First Amendment” (2019) 68(909) *Emory Law Journal* 908-938.
- Taylor M, “The Nature and Dimensions of Child Pornography on the Internet” (1999) *The Nature and Dimensions of Child Pornography on the Internet* Erişim Tarihi: 17 Kasım 2023.
- Uzunay Y ve Koçak M, *İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi ve Mücadelede Yaşanan Sıkıntılar* (2005) 7 (1) *Polis Bilimleri Dergisi* 97-116.
- Weissler E, “Head Versus Heart: Applying Empirical Evidence About the Connection Between Child Pornography and Child Molestation to Probable Cause Analyses” 2013 (82) *Fordham Law Review* 1486-1531.
- Yıldız S, “Uluslararası Ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi` (2011) 1(1) *Erciyes İletişim Dergisi* 180-196 <https://dergipark.org.tr/en/pub/erciyesiletisim/issue/5860/77572?publisher=erciyes> Erişim Tarihi: 23 Aralık 2023.

The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model

İngiliz Yürütmesinin Gelişimi: Kabine, Başbakan ve Core Yürütme Modeli

Nurullah GÖRGEN* 

ABSTRACT

With the resignation of three prime ministers in the United Kingdom since 2019, the executive organ in the UK has become a topic of controversial discussion in the literature. The longstanding debate regarding who wields significant influence within the Executive branch and how executive power is exercised has reignited. It has been underscored that historically, the executive functioned either through the cabinet system, characterized by a collective decision-making structure, or the prime ministerial system, where the prime minister held primary decision-making authority. This article argues that neither the cabinet nor the prime ministerial system adequately explains the contemporary British executive. By analyzing the institutions of the cabinet and the prime minister's office from both historical and contemporary perspectives, this article seeks to explain this point. Ultimately, it examines the core executive model, positing that multiple actors and various factors such as resources, structure, strategy, and tactics collectively determine the functioning of the British executive today.

Keywords: British Executive, Core executive, United Kingdom, Cabinet, Prime Minister.

ÖZ

Birleşik Krallık'ta 2019 yılından itibaren üç başbakanın istifa etmesiyle birlikte Birleşik Krallık'ta yürütme organı literatürde yoğun bir şekilde tartışılmaya başlandı. Yürütmede kimin aktif olduğu ve yürütme yetkisinin nasıl kullanılacağı konusunda uzun süredir devam eden tartışma yeniden alevlendi. Uzun bir süre yürütmenin ya kolektif bir yapıya sahip olan kabine sistemi ya da başbakanın asıl karar verici olduğu başbakanlık sistemi tarafından yönetildiği vurgulandı. Bu makale, ne kabine ne de başbakanlık sisteminin günümüz İngiliz yürütme organını açıklamaya yeterli olmadığını savunmaktadır. Makale, kabine ve başbakanlık kurumlarını hem tarihsel hem de çağdaş açılardan analiz ederek bunu açıklamaya çalışıyor. Son olarak makale, günümüz Birleşik Krallık yürütme organının nasıl çalıştığını anlamak için birden fazla aktörün olduğu ve kaynaklar, yapı, strateji ve taktikler gibi belirli faktörlerin yürütmeyi belirlediği iddiasına dayanan the core executive modelini ele alır.

Anahtar Kelimeler: İngiliz yürütme organı, the core executive, Birleşik Krallık, Kabine, Başbakan.

* Lecturer, Istanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7713-8273>.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Nurullah GÖRGEN

E-posta/E-mail: nurullah.gorgen@medeniyet.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 13.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 26.05.2024

INTRODUCTION

The term ‘Executive’ refers to the political centers of authority responsible for making policy choices¹. In recent years, the position of the Executive organ in the UK has become a subject of intense debate, particularly amidst developments such as the formation of coalition governments, Brexit, prime minister resignations, and tensions between the Executive and the courts.

This article aims to explain the main actors holding and exercising executive power in the UK amid these developments. It will delve into discussions on the Cabinet, the Head of Government, ministers, the Head of State, political parties, and their interrelationships. Additionally, it will examine other actors and instruments that shape the position of the UK Executive today. To comprehend the roles of these actors, the article will analyze historical developments that have shaped the current position of the Executive. It will explore how the center of power has shifted from the Head of State (the monarch) to the Cabinet, and subsequently to the prime minister over time. Furthermore, it will be argued that today, neither the Cabinet nor the prime minister solely holds the decision-making power. Instead, a multitude of factors determine the position of the Executive, introducing the core executive model. In addition to political actors within the Executive, this article will also address the roles of other institutions such as Parliament, the public, media, and international organizations in shaping the executive.

For a considerable period, two theories have dominated discussions about the exercise of executive power in the UK: prime ministerial power and cabinet government. The prime ministerial power theory posits that the prime minister holds more influence than the cabinet, citing reasons such as their role as party leader, authority to appoint and dismiss ministers, chairing cabinet meetings, controlling the agenda, and ability to garner significant public popularity through effective media utilization². Supporters of the cabinet government thesis challenge these arguments by underscoring the constraints imposed on the prime minister. They argue that the cabinet collectively holds more importance than the prime minister alone. For example, the party’s views must be acknowledged and considered, ministers maintain their own support networks within the party and the country, and constitutional conventions mandate collective government action³. Moreover, various models have been proposed to understand the functioning of the executive. For instance, Rhodes identifies six models in the discussion of prime ministerial power, each offering an explanation of how things function and prescribing how they should work. These models include ‘prime ministerial government,’ ‘prime ministerial cliques,’ ‘cabinet government,’ ‘ministerial government,’ ‘segmented decision-making,’ and ‘bureaucratic coordination’⁴.

1 Rod AW Rhodes, ‘From Prime Ministerial Power to Core Executive’ in Patrick Dunleavy and RAW Rhodes (eds), *Prime Minister, Cabinet and Core Executive* (Macmillan Education, Limited 1995) 12.

2 Tony Benn, ‘The Case for a Constitutional Premiership’ (1980) 3 *Parliamentary Affairs* 7; RHS Crossman, ‘Introduction’ in Walter Bagehot, *The English Constitution* (Fontana 1963); John P Mackintosh, *The British Cabinet* (2nd edn, London: Stevens 1968).

3 Rhodes (n 1) 13.

4 *ibid* 15.

To comprehend the UK executive, we will first address the concept of cabinet government within the traditional parliamentary system of government and its associated actors. However, navigating the British government system poses certain challenges due to the absence of a written constitution. For instance, until 1916, there was no cabinet secretariat, resulting in a lack of documentation regarding cabinet meetings⁵. Similarly, there are no explicit documents outlining the duties and powers of the monarch, the prime minister, and ministers. Consequently, conventions play a significant role alongside the law in understanding the cabinet government and will be referred to throughout this article. Subsequently, we will explore the transition from cabinet government to prime ministerial government in the UK. This discussion will focus on analyzing the position and role of the prime minister to comprehend the concept of ‘the prime ministerial government’ in the UK. Finally, we will introduce the Core Executive Model to illustrate how the current UK executive functions.

I. THE EMERGENCE OF THE CABINET GOVERNMENT

At present, the cabinet system is widely adopted, with nearly a quarter of countries governed by this system⁶. Its emergence is rooted in the desire to limit the power of the monarch and establish a constitutional framework, evolving over time.

In the UK, the cabinet historically referred to ‘such of Her/His Majesty’s confidential servants as are of the Privy Council’⁷ or ‘Her/His Majesty’s senior ministers collected together’⁸. It consists of ministers heading fundamental departments and those without departments⁹. The cabinet serves as the executive body where final decisions on state policy are made and subsequently sent to Parliament for approval. Additionally, it coordinates various state departments through ministers¹⁰.

Cabinet government denotes a parliamentary executive system where the executive branch is accountable to Parliament. Ministers, who are also members of Parliament, operate independently from the head of state, highlighting the distinct role of the chief minister within this system¹¹. Thus, the term ‘cabinet government’ remains relevant in defining the UK executive. Alternatively, the cabinet government system signifies that the cabinet is the primary body exercising executive power, making collective decisions. However, this model contrasts with prime ministerial government, where decisions are made individually by the prime minister.

5 Anthony Seldon, ‘The Cabinet System’ in Vernon Bogdanor (ed), *The British Constitution in the Twentieth Century* (1st edn, British Academy 2004) 100 <<https://academic.oup.com/british-academy-scholarship-online/book/21447>> accessed 8 March 2024.

6 Simon James, *British Cabinet Government* (2nd edn, Routledge 1999) 1.

7 Ivor Jennings, *Cabinet Government* (3 edition, Cambridge University Press 1969) 228.

8 David Pollard, Neil Parpworth and David Hughes, *Constitutional and Administrative Law: Text with Materials* (4 edition, OUP Oxford 2007) 140.

9 Martin Burch, ‘The United Kingdom’ in Jean Blondel and Ferdinand Müller-Rommel (eds), *Cabinets in Western Europe* (2nd edition edition, Palgrave Macmillan 1997) 22.

10 Pollard, Parpworth and Hughes (n 8) 140.

11 James (n 6) 1.

A. THE HISTORICAL BACKGROUND

Prior to 1688, the term ‘cabinet’ referred to a small and elite group of counselors. The Glorious Revolution marked a significant turning point in the power transition from monarchy to parliament, which also served to strengthen the role of ministers in the executive branch. Following the abdication of James II, the vacant throne was offered jointly to William and Mary, contingent upon the Declaration of Right (the Bill of Rights). In the aftermath of the Glorious Revolution, William III, often regarded as a restricted monarch, relied on the cabinet to govern England as he sought to reinforce his powers and gain the support of Parliament. The cabinet’s importance increased as it played a crucial mediating role between the monarch and parliament, particularly in determining which policies and proposals would garner acceptance from Parliament¹².

Monarchs such as George I and George II, both of whom were non-native English speakers, relied heavily on a small group of trusted advisors. Owing to practical and constitutional factors, a select group of advisors capable of effectively representing the monarchy in Parliament gradually supplanted the Privy Council. This collective of ‘ministers’ eventually evolved into the Cabinet¹³. Over time, as the power of Parliament increased, the authority of the monarch gradually diminished, aligning with the transformation from absolute monarchy to constitutional monarchy. This shift saw the monarch’s role weaken not only in the legislature but also in the executive. As Bagehot famously remarked, ‘The Queen is only at the head of the dignified part of the Constitution’¹⁴, symbolizing the monarch’s transition from an active and effective role in the executive to a symbolic and passive one.

The reliance on ministers to carry out executive functions and handle parliamentary proceedings grew stronger¹⁵, particularly under the Hanoverian period (1714-1901), where monarchs struggled to comprehend the complexities of internal and foreign affairs. In the eighteenth century, ministers began convening without the monarch’s presence, leading to the emergence of the first, or ‘prime,’ minister in the latter half of the century. Consequently, the terms ‘head of state’ and ‘head of government’ became distinct, although some ambiguity persisted between the two roles. Ultimately, the cabinet emerged as the primary decision-maker in the executive, albeit with some influence retained by the monarch.

The reforms of the 19th century, including the Reform Acts of 1832, 1867, and 1884-5, expanded the electorate and gave rise to modern political parties. This resulted in increased influence of the House of Commons in the selection of cabinet members, diminishing the monarch’s power to appoint them. Instead, cabinet appointments came to be determined by the party or party leaders¹⁶, allowing for more independent decision-making within the cabinet. As a result, the role of the monarch in the

12 Stephen Buckley, *The Prime Minister and Cabinet* (Edinburgh University Press 2006) 26.

13 Roger Masterman and Colin Murray, *Constitutional and Administrative Law* (Second edition, Pearson 2018) 257.

14 Walter Bagehot, ‘The English Constitution’ 61 <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>> accessed 23 April 2019.

15 Philip Norton, ‘The Glorious Revolution of 1688 Its Continuing Relevance’ (1989) 42 *Parliamentary Affairs* 135.

16 Buckley (n 12) 27–28.

executive branch declined over time, with the cabinet, collectively led by ministers, assuming the role of the main decision-maker.

B. EARLY CABINET GOVERNMENT SYSTEM

For a significant period, the British system of government was referred to as cabinet government, as the cabinet held the most effective and central role in administration and legislation, including legislative proposals¹⁷. According to Seldon, writing in the early 1900s, ‘The cabinet was clearly the core decision-making body’¹⁸. Essentially, nearly all important decisions were handled by the cabinet, making it the heart of the British government system. Amery also emphasized the cabinet’s pivotal role: ‘The central directing instrument of government, in legislation as well as in administration, is the Cabinet. It is in Cabinet that administrative action is co-ordinated and legislative proposals are sanctioned. It is the Cabinet which controls Parliament and governs the country’¹⁹.

Prior to the 1850s, the central government functioned in an improvised and unplanned manner. The Cabinet operated informally, lacking central coordination and bureaucratic structure within the administration²⁰. The notable advancement occurred with the implementation of the Northcote-Trevelyan reforms in 1854, establishing the basis for a modern and specialized civil service. During this period, the cabinet underwent a process of formalization, resulting in significant shifts in power dynamics. Starting in the mid-nineteenth century, government duties were organized and placed under the direct authority of ministers. To facilitate collaboration among ministers, the cabinet expanded and adopted a more formal organizational framework²¹. As Mackintosh noted, the cabinet had become ‘the center of power,’ where decisions were made and disputes were settled²².

The cabinet played a crucial role in maintaining balance among different groups and political parties within the government. In the nineteenth century, party discipline was less robust, leading the prime minister to rely heavily on senior personalities to uphold governing coalitions. Consequently, the prime minister had limited authority to dismiss ministers at will²³, solidifying the cabinet’s status as a main decision-maker.

However, over time, the cabinet’s influence has waned in favor of the prime minister. As the prime minister’s role and power have increased, emphasis has shifted towards a system centered around the prime minister rather than the cabinet itself²⁴. Factors such as 19th-century reforms, the flexible constitutional structure of the UK, and the government’s expansion have contributed to changes

17 AW Bradley, KD Ewing and CJS Knight, *Constitutional and Administrative Law* (17th edn, Pearson 2018) 275.

18 Seldon (n 5) 105.

19 LS Amery, *Thoughts on the Constitution* (Oxford University Press 1953) 70.

20 Martin J Smith, *The Core Executive in Britain* (Macmillan Education UK 1999) 53 <<http://link.springer.com/10.1007/978-1-349-27237-2>> accessed 8 March 2024.

21 *ibid* 53–55.

22 Mackintosh (n 2); Smith (n 20) 55.

23 Smith (n 20) 55; Mackintosh (n 2).

24 Bradley, Ewing and Knight (n 17) 275.

in the cabinet's features and functions. It is argued that the cabinet has significantly lost its ability to determine government policies, leading to a distinction between the concepts of 'cabinet' and 'government.' The current cabinet is now viewed as merely a small component of a wider and more complex government structure²⁵.

C. THE FEATURES OF CABINET GOVERNMENT

To understand how cabinet government operates in the UK, it is essential to consider its features. Some features contribute to the cabinet being the main decision-maker collectively, while others have led to an increased role for the prime minister in controlling other ministers within the cabinet over time.

Firstly, the principles of cabinet government are not enshrined in written statute but in conventions. However, in 2011, The Cabinet Manual was published, which 'sets out the main laws, rules, and conventions affecting the conduct and operation of government'²⁶. The Manual serves as a comprehensive handbook for Cabinet members, other ministers, and officials to effectively carry out government affairs. Additionally, it aims to codify numerous previously unwritten constitutional conventions governing the functioning of the British government.

The manual is classified as a 'guidance document or work of reference' rather than a statute, as it does not impose specific behavioral requirements on ministers or officials beyond what is already mandated by other codes or laws. Consequently, it lacks means for enforcement²⁷. In the past, the absence of a written document increased the power of ministers, who were not strictly bound by it. However, over time, this has also been utilized by the prime minister to consolidate power.

The second feature is collective ministerial responsibility, which mandates that all ministers are accountable for the government's policies, decisions, and actions to Parliament. Despite potential disagreements, ministers must collectively support and defend government policies both in Parliament and in public. This unanimity forms the basis of collective responsibility, with ministers either defending decisions they may not agree with or resigning from the cabinet²⁸.

While it may seem undemocratic, a strong and united cabinet necessitates collective responsibility. Without ministers' participation in cabinet decisions, government unity and harmony would quickly erode. Public criticism among ministers undermines the authority and credibility of the government²⁹. Additionally, since the late 18th century, the government has been accountable to Parliament. A stable and consistent policy accepted by all ministers enables Parliament to properly

25 Buckley (n 12) 30–31.

26 'The Cabinet Manual A Guide to Laws, Conventions and Rules on the Operation of Government' (2011) <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a79d5d7e5274a18ba50f2b6/cabinet-manual.pdf>> accessed 22 December 2022.

27 Nicole Winchester, 'Revision of the Cabinet Manual: House of Lords Constitution Committee Report' <<https://lordslibrary.parliament.uk/revision-of-the-cabinet-manual-house-of-lords-constitution-committee-report/>> accessed 10 March 2024.

28 Adam Tomkins, *Public Law* (Oxford University Press, USA 2003) 135.

29 James (n 6) 6–7.

assess government actions. Contradictory statements or divergent policies among ministers make it challenging for Parliament to hold the cabinet accountable³⁰. Consequently, collective responsibility is deemed necessary for the proper functioning and effectiveness of the cabinet government.

Collective responsibility has several consequences. Cabinet meetings must be confidential to ensure the effectiveness of final decisions. This confidentiality prevents the perception of discord among ministers and allows the prime minister to dictate policy over time. Ministers who dissent must still adhere to collective responsibility or risk exclusion from the government. Moreover, the distribution of duties and cooperation among ministries is crucial. Consequently, the prime minister plays a vital role in ensuring collective responsibility, coordinating inter-ministerial work distribution, and fostering cooperation among ministers.

The third feature of the British cabinet government is its unitary nature. Typically, governments are formed by a single party, given the dominance of the two-party system in the UK.³¹ Since the end of WWII, the UK has mostly seen single-party governments, with only one coalition government between 2010 and 2015, and several minority governments in 1974 and 2017. As a consequence, the appointment and dismissal of ministers, the merging of ministerial departments, and the establishment of committees are typically carried out by the prime minister, who, as the leader of the majority party, monopolizes power over time. The single-party cabinet allows ministers, particularly the prime minister, more freedom in forming policies due to the absence of coalition partners³².

Another feature is the limited role of the party machine in internal cabinet affairs. While parties play a role in the formation and continuation of the cabinet, they do not directly interfere in its internal workings. The majority party leader, typically elected as the prime minister, must secure a vote of confidence during their term in office. However, beyond this, the party has little direct influence on government affairs³³.

These are some of the basic features of the cabinet, but there are also other aspects to consider, such as challenges and breaches within the cabinet (e.g., agreements to differ, free votes, leaks) and their causes and consequences³⁴. For this article, understanding these features is crucial for tracing the

30 Tomkins (n 28) 36.

Before the 18th century, the government was accountable to the monarch. The monarch could easily dismiss any minister they did not want. Collective responsibility was imposed to prevent these arbitrary dismissals. Thus, even if the monarch was dissatisfied with a minister, they had to dismiss the entire cabinet rather than just the individual. Collective responsibility served as a safeguard against arbitrary practices by the monarch.

31 It should be noted that when we use the term 'two-party system', it does not mean that there are no other political parties in the UK. It means there are two major parties (Conservative Party and Labour Party) which usually dominate elections and form the government alone. In fact, there have sometimes been periods when these two parties could not win the majority in the elections on their own. In such cases, a third party (Liberal Democrat Party) usually forms a coalition government (such as the Conservative–Liberal Democrat coalition government between 2010 and 2015) with one of these two parties. This is also known as the 'two-and-a-half' party system.

32 James (n 6) 5.

33 *ibid* 10–11.

34 Buckley (n 12) 29.

transition of power from the absolute monarch to the cabinet in the past, as well as the transition from cabinet government to prime ministerial government.

II. THE TRANSITION OF POWER: FROM CABINET GOVERNMENT TO PRIME MINISTERIAL GOVERNMENT

Throughout time, the UK constitution has been shaped by various political and historical events. In the nineteenth century, the state expanded to address the challenges posed by urbanization and industrialization. From the 1920s to the 1940s, this expansion was primarily driven by the demands of war. In the aftermath of the war, state growth was predominantly influenced by class tensions, societal transformations, and economic turmoil. The transformation of the state into a contemporary entity equipped with the necessary abilities and systems to address the challenges of the twentieth century, such as all-out warfare, swift economic and social transformations, and the establishment of transitional economies and growing international relationships, became paramount³⁵. This transformation also affected the executive structure, particularly the cabinet government.

According to Anthony Seldon, the Cabinet system has undergone five distinct phases between the years 1900 and 2000:

1. The cabinet was the exclusive authority for making decisions. This was the situation prevailing from 1900 to the outbreak of the First World War.
2. The cabinet served as the primary body responsible for making decisions. This depiction remained accurate throughout the duration of both the First and Second World Wars.
3. The Cabinet served as the primary authority for ratifying decisions. This was the situation that prevailed from the Second World War until the late 1970s.
4. The cabinet served as the ultimate forum for discussion and dissemination of information. This persisted in various forms from the late 1970s until 1997.
5. An individualized system, during Tony Blair's tenure as prime minister from 1997 to 2002³⁶.

He also explained why the Cabinet system has changed, citing 11 reasons: 1. The need to involve expert opinions from outside the body of Cabinet ministers. 2. Drafting legislation to be presented to Parliament. 3. Britain's emergence from isolation and its entry into an interdependent world of international diplomacy in the twentieth century. 4. The increasing involvement of the government in social and economic issues from the early twentieth century. 5. The rise of the Treasury as the dominant Whitehall department in the 1910s. 6. Personalities within the government. 7. Time

³⁵ Smith (n 20) 70.

³⁶ Seldon (n 5) 129–131.

constraints. 8. Media influence. 9. Leaking by Cabinet ministers and their aides. 10. Growing departmental interdependence. 11. Changes to the doctrine of collective Cabinet responsibility³⁷.

The cabinet played a key role in the executive, determining government policy for a long time. It can be said that not only the executive but also parliament was dominated by the cabinet³⁸. However, this changed. Accordingly, the cabinet can be divided into two periods: before and after 1945.

Before 1945, the scope of activity of the cabinet was limited, allowing it to consider issues in depth and properly. Cabinet meetings were held once or twice a week informally, with an average of fourteen members. After the First World War, the cabinet's scope slightly expanded, and the cabinet secretariat was formed, increasing the number and importance of committees³⁹. Before the establishment of the cabinet secretariat, discussions within the cabinet were often leaked. The secretariat's primary function was to guarantee the documentation and coordination of decisions under the leadership of the prime minister⁴⁰, who appointed the cabinet secretary to work closely with them for their benefit⁴¹. Additionally, the importance of the office of the prime minister began to increase. Towards the end of this period, bilateral and trilateral meetings were held by the prime minister and some ministers to determine government policy.

The Second World War can be seen as a transition period from a traditional and small cabinet to the prime minister and senior ministers coming to the fore over time⁴². After WWII, the small cabinet was no longer sufficient due to various reasons including the effects of war, post-war structural changes, and shifts in economic management and welfare policies. Consequently, the structure of the cabinet changed to meet these expectations. The scope of activity expanded considerably, necessitating more frequent meetings⁴³. Moreover, there was an increase in the number of departments, whose tasks grew in line with socio-economic needs. The level of civil service also increased considerably⁴⁴. In 1919, several civil service departments were consolidated and placed under the authority of the prime minister, who was granted the authority to nominate the most senior civil service officials, known as departmental permanent secretaries and their deputies. These modifications enhanced the authority of the prime minister over the civil service itself⁴⁵.

Another reason for the growing cabinet is the emergence and prevalence of interest groups⁴⁶. These groups began to exert pressure on the cabinet to demand new rights in various subjects such as

37 *ibid* 131–133.

38 Buckley (n 12) 28.

39 James (n 6) 2.

40 Philip Norton, 'The Core Executive: The Prime Minister and Cabinet' in Bill Jones and Philip Norton (eds), *Politics UK* (8th edn, Pearson 2013) 375.

41 Robert Elgie, *Political Leadership in Liberal Democracies* (1st edn, Bloomsbury Publishing Plc 1995) 35 <<https://www.bloomsburycollections.com/monograph?docid=b-9781350362987>> accessed 8 March 2024.

42 Seldon (n 5) 115–116.

43 Norton (n 40) 380.

44 Buckley (n 12) 35.

45 Elgie (n 41) 37.

46 Buckley (n 12) 35.

education, local government, and health. This led to the cabinet continuing its expansion path to deal with such issues by seeking satisfying solutions⁴⁷. Another result is the emergence of the obligation for departments to work interrelatedly. Due to the extension of working areas, the need for working in detail and coordinated way among ministers, and insufficient working time, it became evident that the cabinet could not function properly if it continued as it did before 1945. To overcome this, ministerial committees began to play an important role by making certain governmental decisions in order to lighten the workload of the cabinet. Thus, the cabinet became a place where only significant issues are discussed, and disputes between ministers were resolved. This also increased the power of the prime minister because he used to chair the most significant of these committees⁴⁸.

In addition, after WWII, additional ministries were established to oversee matters pertaining to food, economic conflict, domestic security, maritime affairs, and supply chain management and manufacturing. The government's economic influence experienced significant and rapid growth⁴⁹. As a result of this growth and the lack of coordination among ministries and departments, and the inability of the cabinet to meet these needs, coordination among ministries and other institutions of the state became a vital issue. To ensure this coordination and act promptly to meet the growing needs of the state, the prime minister office came to the forefront compared to the cabinet. The prime minister gained power by establishing coordination among ministries.

It should be noted that although the committees had expanded their jurisdictions by making various decisions, it does not mean that the cabinet is insignificant. The cabinet was still the center of the British government and the place where some political policies had been determined after WWII⁵⁰.

When it comes to the 1960s, it was difficult to accept the cabinet at the center of the executive. In 1962, John Mackintosh argued that referring to the British government just as 'Cabinet government' was no longer accurate, as the prime minister holds the actual governing power in the country⁵¹. In 1963, Richard Crossman, a minister of the Cabinet, asserted that 'The post-war epoch has seen the final transformation of Cabinet government into prime ministerial government'. He contended that the Cabinet, along with the Crown and the House of Lords, had become one of the 'dignified' components of the constitution⁵². Especially with the emergence of powerful prime ministers, such as Margaret Thatcher and Tony Blair, decisions began to be made either solely by the prime minister or with the involvement of senior ministers. This indicates that cabinet government weakened and was replaced by prime ministerial government⁵³. Likewise, Peter Hennessy focused on the power of

47 *ibid.*

48 Elgie (n 41) 36.

49 Smith (n 20) 62.

50 James (n 6) 15; Seldon (n 5) 109.

51 Colin Turpin and Adam Tomkins, *British Government and the Constitution: Text and Materials* (7th ed, Cambridge University Press 2011) 409.

52 Crossman (n 2) 51–54.

53 Norton (n 40) 381.

the prime ministers by saying that ‘Symbolically enough, the last act a British prime minister would take is not a matter for the Cabinet but one for the prime minister alone’⁵⁴.

As a result, it can be said that the importance of the Cabinet gradually decreased, and the prime minister’s office became the center of the British government system.

III. THE OFFICE OF THE PRIME MINISTER

A. TRADITIONAL APPROACH REGARDING THE OFFICE OF THE PRIME MINISTER

The office of the prime minister was shaped by historical events. Sir Robert Walpole, who served as the First Lord of the Treasury from 1721 to 1742, is considered the first British prime minister⁵⁵. The title of prime minister was first officially used in the Treaty of Berlin by Benjamin Disraeli in 1878. Sir Henry Campbell-Bannerman was the first prime minister to be officially appointed in 1905, but it wasn’t until the Ministers of the Crown Act of 1937 that the prime minister office was legally recognized⁵⁶. During the 18th and 19th centuries, the prime minister could be appointed from the House of Lords. The Third Marquess of Salisbury, who left office in 1902, was the last the prime minister appointed from the House of Lords. After that, a convention stipulated that the prime minister must be a member of the House of Commons⁵⁷.

While the prime minister office had limited power during the 18th century, its importance increased due to the emergence of collective ministerial responsibility, which held ministers accountable for cabinet decisions, and the concentration of power around certain senior ministers. Particularly in the first period of the 20th century, the prime minister office became important with the establishment of the Cabinet Secretariat and the appointment of a Cabinet Secretary in 1916. The purpose of the Secretariat was to record and coordinate decisions of the Cabinet to the prime minister, granting the prime minister considerable powers compared to other cabinet ministers. Additionally, the establishment of a unified civil service in 1919, under a Permanent Secretary as its head, strengthened the prime minister office due to the requirement of the prime minister’s consent to appoint permanent heads and their deputies of civil service departments⁵⁸. While the cabinet was the center of the executive during this time, the office of the prime minister had become one of the significant institutions. In fact, even during the 19th century, the position of the prime minister was highlighted by figures such as Mr. John Morley (1838–1923), who stated that ‘the prime minister is

54 Peter Hennessy, *The Hidden Wiring: Unearthing the British Constitution* (Indigo 1996) 86–90.

55 ‘History of Sir Robert Walpole - GOV.UK’ <<https://www.gov.uk/government/history/past-prime-ministers/robert-walpole>> accessed 10 March 2024.

It should be noted that Walpole himself rejected claims that he was the most significant minister in the government.

56 Vernon Bogdanor, *From New Jerusalem to New Labour: British Prime Ministers from Attlee to Blair* (Palgrave Macmillan 2010) 2.

57 Norton (n 40) 374–375.

58 *ibid* 375.

the keystone of the cabinet arch⁵⁹. Likewise, Jennings (1903–1965) stated that the prime minister is the keystone of the Constitution⁶⁰. The office became more important after WWII while the cabinet lost its supremacy over time.

B. THE ROLES OF THE PRIME MINISTER UNDER TRADITIONAL BRITISH GOVERNMENT

In traditional British government, the prime minister holds several roles, many of which remain valid today. A significant portion of the prime minister's authority comes from prerogative powers, historically held by the Crown. As such, the prime minister plays various essential roles in the British constitution.

Firstly, the prime minister serves as the leader of a political party⁶¹. Typically, the prime minister is the leader of the majority party in the House of Commons. If assuming the role of prime minister without already being the party leader, they are usually elected as the party leader shortly thereafter. The position of prime minister entails both political and personal responsibilities. They must be an active and effective leader, representing not only themselves but also their party and government. Particularly crucial during general elections, the prime minister's personality, leadership qualities, and campaign strategies significantly influence voter decisions. As the face of their party and government, the prime minister must carefully consider their public image, employ effective propaganda techniques, affect the media and navigate public opinion. Over time, these responsibilities have further elevated the role of the prime minister. Secondly, the prime minister serves as the leader of the House of Commons. This position requires managing the internal dynamics of party influence within Parliament. Therefore, the prime minister must pay close attention to party affairs to effectively lead in Parliament. Thirdly, the prime minister acts as the head of the Cabinet and facilitates coordination among ministers⁶². While leading cabinet meetings and making decisions, the prime minister also ensures cooperation and coherence among cabinet members.

These three roles collectively establish the prime minister as the keystone of the constitution within the traditional British system. Coupled with other powers, such as the authority to elect and dismiss ministers, the prime minister's influence and authority have continued to grow over time. As noted by Crossman in the 1960s, 'the Government party controls Parliament, both resignations and dismissals for incompetence have become rare. Indeed, the incompetent minister with a departmental muddle to cover up may be kept in office for years'⁶³. This consolidated the prime minister's power.

It should be noted that under the traditional period, the position of prime minister was limited. According to Mr. Gladstone, 'The Head of the British Government is not a Grand Vizier. He has no

59 John Morley, *Walpole* (Greenwood Press 1971) 157.

60 Jennings (n 7) 173.

61 Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis* (Fourth edition, Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing 2021) 147.

62 Jennings (n 7) 176–177.

63 Crossman (n 2) 43–45; Leyland (n 61) 161.

powers, properly so-called, over his colleagues: on the rare occasions when a Cabinet determines its course by the votes of its members, his vote counts only as one of theirs⁶⁴.

According to Bagehot, 'the prime minister is at the head of the efficient part'⁶⁵. He argued that while the monarch held real power in the past, the prime minister and Cabinet now wielded this power⁶⁶. Over time, the prime minister has become increasingly important, although both the Cabinet and the prime minister are considered significant. There are several reasons why the prime minister, as the head of the Cabinet, holds an effective position in the British constitution.

Bagehot stated, 'The Cabinet, in a word, is a board of control chosen by the legislature, out of persons whom trusts and knows, to rule the nation'⁶⁷. However, he also noted that while the prime minister is chosen by Parliament, the members of the Cabinet are not chosen by it; the prime minister has the right to select these members. Bagehot emphasized that while this right of choice is not unlimited, it gives the prime minister considerable power compared to other ministers. Additionally, while theoretically, the monarch has the right to dissolve Parliament, in practice, the prime minister holds this power, providing an advantage over Parliament⁶⁸. However, the prime minister is generally unwilling to use this power as they also lead the majority party.

Bagehot asserted that the prime minister should be powerful and effective, attending debates in the House of Commons and leading Parliament to provide effective governance, intervening in emergency situations. If they prove ineffective, they should resign, as nobody, including the party, Cabinet members, and Parliament, wants a weak prime minister wielding significant power⁶⁹. Bagehot concluded that the British parliamentary system allows for change if the prime minister proves unfit for office, contributing to the prime minister's strengthened position over time.

As mentioned before, after WWII, while the Cabinet weakened in the executive, the role of the prime minister increased. However, this does not diminish the significant roles of previous prime ministers or the effectiveness of the Cabinet in the executive. Before WWII, there were prominent prime ministers who played significant roles, such as William Pitt the Elder, William Pitt the Younger, William Gladstone, Benjamin Disraeli, David Lloyd George, and Winston Churchill. Similarly, after WWII, the Cabinet, consisting of ministers, occasionally played a more active role than some prime ministers or limited the prime minister's role in the executive.

64 Jennings (n 7) 179.

65 Bagehot (n 14) 48.

66 *ibid* 24.

67 *ibid* 49.

68 *ibid* 31.

69 *ibid* 80.

C. THE POWERS OF THE PRIME MINISTER

Since the 1960s, it has been asserted that a transition of power has occurred from the cabinet government to the prime minister's office⁷⁰. The prime minister is often considered the strongest actor in the government, despite the fact that their powers derive from convention and prerogatives rather than statutes, making their functions and powers flexible according to the circumstances of the time and the personalities of the prime minister and other actors⁷¹. Several factors and powers have contributed to the increased role of the prime minister in the executive.

The prime minister holds two titles that confer extensive powers: the head of government and party leader. The formal title enables them to wield executive power by dominating ministers in the cabinet, while the latter allows them to control the legislative organ by leading the majority party in parliament. Consequently, some argue that 'the centralisation of power into die hands of one person has gone too far and amounts to a system of personal rule in die very heart of our parliamentary democracy'⁷². As the leader of a political party with a majority in parliament, the prime minister can control the House of Commons through the principle of the Supremacy of Parliament. Additionally, political parties are generally unwilling to challenge the prime minister to avoid opposing their own elected leader and risking harm to the party⁷³. The prime minister can exploit this dynamic to consolidate their position by dominating both the party and parliament. However, challenges to the prime minister from within the party are not uncommon, as party members may refuse to give a vote of confidence.

It should be noted that the powers of the prime minister have increased not only in the executive but also in the legislative arena. Despite the theoretical acceptance of parliamentary supremacy, the system allows for two bodies to influence and control each other. As Lord Hailsham stated in a speech at the BBC in 1976, 'The sovereignty of Parliament has increasingly become, in practice, the sovereignty of the Commons, and the sovereignty of the Commons has increasingly become the sovereignty of the government, which in addition to its influence in Parliament, controls the party whips, the party machine, and the Civil Service'⁷⁴. Thus, when the prime minister dominates the government, this also leads to control over parliament in practice.

Secondly, when the Cabinet fails to meet expectations, such as being inconvenient and slow to make decisions or lacking coordination among Ministers, the prime minister often takes center stage. In situations requiring rapid, decisive action and confidentiality, the executive must act promptly and efficiently to safeguard national interests. During emergencies, decisions must be made swiftly, and consulting the Cabinet may be time-consuming and problematic. As the most suitable individual, the prime minister assumes the responsibility to manage such processes, thereby acquiring considerable

70 Benn (n 2).

71 James (n 6) 88.

72 Benn (n 2) 7.

73 *ibid* 16.

74 Norton (n 15) 140–141.

power without the need to justify their actions⁷⁵. For example, following the 9/11 terrorist attacks in 2001, prime minister Blair gained significant authority for the war on terror.

Furthermore, the Cabinet is presided over by the prime minister, who determines the timing, topics, and decisions of meetings, allowing them to dominate the Cabinet's proceedings. Cabinet committees, where most policies are shaped, are established by the prime minister. Consequently, the prime minister not only decides the types and numbers of committees to establish but also appoints chairpersons for these committees, thereby increasing their influence within the executive.

Another factor strengthening the prime minister's authority is their relationship with colleagues. The appointment and dismissal of ministers are decided by the prime minister, with the consent of the monarch⁷⁶, granting them broad authority over ministers. Additionally, the prime minister can arrange meetings with ministers to discuss major departmental issues, facilitating coordination. This coordination, along with the power to appoint and dismiss, enhances the prime minister's authority. Moreover, they resolve interdepartmental problems and oversee the Cabinet Secretariat, ensuring effective communication between the Cabinet and the monarch. While there are some restrictions on their appointment powers, such as considering the balance of party functions and the claims of senior party colleagues, the prime minister still wields considerable power over ministers. Furthermore, they have easier access to and control over information compared to other ministers⁷⁷.

The prime minister also commands a significant amount of media and public attention⁷⁸ and often represents the government on the international stage. This spotlight on the prime minister underscores the difference between them and other Cabinet ministers, further enhancing their influence.

Moreover, the prime minister exercises control over Whitehall. They not only appoint ministerial heads of departments but also have the authority to establish, abolish, or merge departments and appoint civil service heads. The prime minister also decides on senior civil service appointments, ensuring that all departments align with the governing party's agenda and that ministers remain focused on overarching objectives⁷⁹. Additionally, the prime minister formally advises the monarch on certain honors and appointments, including those of the heads of security services, armed forces, and the BBC.

Another significant aspect is the prime minister's accountability to Parliament and beyond⁸⁰. In practice, under strong prime ministers, they may evade accountability due to their roles as party leaders, leaders of the majority party, media attention, and international responsibilities. This freedom allows them to act without significant constraints. The prime minister also intervenes in

75 Benn (n 2) 15–16.

76 Norton (n 40) 376.

77 James (n 6) 101–111.

78 Elgie (n 41) 39.

79 James (n 6) 90.

80 Peter Riddell, 'Prime Ministers and Parliament' (2004) 57 *Parliamentary Affairs* 814, 815.

policy areas where they believe their authority or judgment is necessary, with the extent and manner of their involvement left largely to their discretion⁸¹. Furthermore, some of the powers of the head of state are exercised by the prime minister as the head of government, blurring the distinction between state and government⁸² and allowing the prime minister to leverage these powers to their advantage.

Additionally, the prime minister wields military, intelligence, and foreign treaty powers. Finally, certain factors that either no longer exist or have changed have impacted the prime minister's authority, such as the absence of constitutional review of statute law (until the establishment of the Supreme Court in 2009) and the shift from a unitary and centralized state to a weaker central authority compared to the past⁸³. Overall, the powers of the prime minister are comprehensive and effective.

IV. THE PRIME MINISTERIAL GOVERNMENT

With the extensive powers outlined above, it has been argued that under certain prime ministers, the British political system has shifted towards prime ministerial Government, resembling a presidential premiership in some respects. In this model, the Cabinet relinquishes its function as the primary decision-maker, with the prime minister assuming the role of the main decision-maker. More assertively, in a presidential premiership, the prime minister becomes more detached from their Cabinet, party, and Parliament, acting as if they were directly elected by the public⁸⁴. Consequently, the prime minister represents the national will and intervenes with the government to ensure the achievement of specific goals⁸⁵. Two well-known leaders often cited in support of this argument are Tony Blair and Margaret Thatcher.

To understand how prime ministers exercise their powers without full Cabinet involvement, concepts such as the “inner cabinet” or “kitchen cabinet” are often employed. Inner cabinets are political entities that operate discreetly behind the scenes of the Cabinet. Typically consisting of four or five key ministers who enjoy close proximity to the prime minister, these ministers convene separately from the entire Cabinet to discuss and make decisions on crucial matters⁸⁶. On the other hand, kitchen cabinets differ from inner cabinets in that they recruit members from a broader and more personal circle of trusted advisors to the prime minister, rather than from the predominantly political composition of the inner Cabinet⁸⁷.

81 James (n 6) 90–91.

82 Buckley (n 12) 103.

83 Elgie (n 41) 26–29.

84 Norton (n 40) 382; Michael Foley, *The Rise of the British Presidency* (Manchester University Press ; Distributed exclusively in the USA and Canada by St Martin's Press 1993).

85 Graham P Thomas, *Prime Minister and Cabinet Today* (Manchester University Press ; Distributed exclusively in the USA by St Martin's Press 1998) 79.

86 Buckley (n 12) 37.

87 *ibid* 38.

For instance, Mrs. Thatcher, who assumed office as prime minister in 1979, initially felt compelled to reconcile and compromise within a Cabinet where those who shared her political views were in the minority. However, in 1981, she reorganized her team of ministers to significantly alter the distribution of power within the Cabinet, favoring her own benefit⁸⁸. Mrs. Thatcher believed that the Cabinet system was exaggerated and excessively bureaucratic, feeling that too many matters were brought before the Cabinet and its committees. Consequently, from 1979-80 onwards, she began making decisions with small groups of ministers, either individually or in a multilateral setting⁸⁹. Additionally, she reduced the authority of the Cabinet by delegating significant decision-making tasks to informal groups of ministers that she personally convened. Furthermore, she involved herself more frequently and confidently in the affairs of departmental ministers and in the selection of high-ranking government officials⁹⁰. Michael Foley asserted that ‘it would be no exaggeration to assert that what this country has witnessed over the last generation has been the growing emergence of a British presidency’⁹¹. It is crucial to note that while the view of a shift towards prime ministerial Government during Thatcher’s premiership is often highlighted, it doesn’t necessarily apply universally to all periods or prime ministers⁹².

Similarly, Tony Blair, like his predecessor Mrs. Thatcher, established a kitchen Cabinet consisting of a select group of handpicked advisors and close friends. This group remained intact following the general election triumph in 1997⁹³. Blair was also accused of exercising executive power alone, often without consulting the Cabinet or other actors. According to J. Naughtie, “No prime minister since the nineteenth century has spent more time avoiding formal meetings with cabinet colleagues than Tony Blair”⁹⁴. Likewise, Norton stated, “He was seen as distancing himself not only from Cabinet, but from the civil service and Parliament”⁹⁵. Blair’s style of governance, often termed “sofa government,” involved informal gatherings with senior ministers and influential advisors⁹⁶.

Concerns frequently arose regarding the Cabinet’s role, with suggestions that it merely served as a symbolic endorsement of decisions made elsewhere, given the increasing influence of the prime minister. For example, Tony Blair consistently made significant determinations in consultation with a select group of advisors before convening Cabinet meetings⁹⁷.

88 Turpin and Tomkins (n 51) 410.

89 Seldon (n 5) 123.

90 Turpin and Tomkins (n 51) 410.

91 Foley (n 84) 263.

92 James (n 6) 93.

93 Buckley (n 12) 38.

94 James Naughtie, *The Rivals: The Intimate Story of a Political Marriage* (Fourth Estate 2001) 104.

95 Norton (n 40) 382.

96 *ibid* 383.

97 Christopher Foster, ‘Cabinet Government in the Twentieth Century’ (2004) 67 *The Modern Law Review* 753, 766; Mark Elliott and Robert Thomas, *Public Law* (4th edn, Oxford University Press 2020) 142.

As a result, it was argued that the system had transitioned from a Cabinet system to prime ministerial Government in the UK. However, such assertions are subject to criticism and debate, and the extent of this transformation may vary across different prime ministers and historical contexts.

A. THE CHALLENGES OF THE PRIME MINISTERIAL GOVERNMENT

The prime minister has been considered quite strong in recent times, powerful enough to be compared to the president under a presidential system. It is claimed that the specific responsibilities and roles of the prime minister, derived from convention and prerogatives, might vary depending on current circumstances and the abilities of key individuals within the system⁹⁸. Therefore, there is also a country-thesis which focuses on the many factors that limit the power of the prime minister's office. Accordingly, constraints for the prime minister can arise both within and outside the government⁹⁹.

The first constraint can arise from the government itself. As mentioned above, the prime minister could have substantial powers in the government and control over the members of the Cabinet because their appointment and tenure depend on him. However, ministers, particularly senior ones, still can challenge the prime minister. In fact, ministers can wield considerable power because they formulate policies for their departments and possess more time and expertise regarding their areas. It should also be noted that the prime minister must work with ministers, and if they disagree with certain decisions or acts of the prime minister considered extreme by them, the prime minister may find themselves in a weak position against united ministers who are willing to challenge those proposals. For instance, Ministers Robin Cook and Claire Short resigned from Tony Blair's cabinet in 2003 due to their disagreement with the strategy of supporting the American invasion of Iraq. This indicates that his authority can be questioned, placing him in a weaker position.

In particular, two constraints on the prime minister in relation to ministers and other actors are important: Firstly, the prime minister has limited time to address only a few subjects because of the hectic nature of his life, which involves many issues but not enough time. Secondly, the political power of other ministers, both individually and collectively, counterbalances his impact. Here, both ministers and the prime minister are important in shaping their relationship, particularly the personalities of the ministers. Ministers can have three different personalities: weak ministers, strong ministers who usually do not agree, and strong ministers who are easy-going¹⁰⁰. Additionally, it can be said that the Cabinet committee system, previously secretive and contentious, is now open and essential, especially after the introduction of the Ministerial Code. This also reduces the authority of the prime minister because it limits the actions of the prime minister over the ministers.

The second restriction is Parliament.¹⁰¹ As is known, the party with a majority in Parliament is the main factor in determining the cabinet, including the prime minister. Although the thesis of the

98 James (n 6) 88.

99 Norton (n 40) 383.

100 James (n 6) 118–123.

101 The official opposition plays a crucial role in the parliamentary system in the UK. The primary function of the opposition is to challenge and resist the current administration by presenting well-founded objections to its legislative proposals

prime minister's dominance over Parliament has been addressed recently, this is not always the case. Parliament members, including those from the same party as the prime minister, could challenge the prime minister's office and end his tenure by issuing a vote of no confidence. For instance, the ousting of Margaret Thatcher in 1990 exemplified the potential for even the most influential prime ministers to lose the backing of their parliamentary party and be compelled to resign from office. Prime minister Thatcher's actions ultimately led to her downfall, despite her more than 11 years in government. She garnered numerous political adversaries within her own party and, disregarding the counsel of colleagues, persistently pursued unpopular measures, including the implementation of the community charge¹⁰².

In particular, the position of the prime minister is weaker when a hung parliament exists, meaning the prime minister's party does not have a majority in Parliament, and a coalition government is formed with cabinet ministers from different parties. This places the prime minister in a weak position against Parliament, as it is more willing to challenge the prime minister's policies if there is a conflict. The prime minister should consider the wishes of other parties in Parliament to maintain confidence from both Parliament and cabinet members.

Likewise, even if the prime minister is the party leader, there are occasions when party members, either in Parliament or the cabinet, challenge his actions. Particularly, senior ministers and party members may consider themselves strong enough to challenge the prime minister's bold decisions or policies. A prime minister may be ousted due to internal party dynamics. In 2019, Theresa May resigned as prime minister due to significant internal disagreements within the Conservative Party on Brexit¹⁰³.

Moreover, Parliament sometimes restricts certain powers of the prime minister. For instance, the prime minister Cameron supported the implementation of the Fixed Term Parliaments Act 2011 (FTPA 2011) to ensure a coalition agreement. This act mandates that general elections occur every five years, thereby eliminating the prime minister's authority to advise the monarch to dissolve Parliament at their own discretion. However, an election can still take place before the scheduled date if the House of Commons votes in favor of a resolution supported by a two-thirds majority of MPs, or if the House of Commons supports a motion (by a simple majority of members) expressing no confidence in the administration. The prime minister's ability to call an election, as established by

and scrutinizing its performance as a governing body. The opposition must also posture itself as a potential governing body (or "government-in-waiting"). In addition to possessing a unique set of policies, it also has an alternative leader and government team referred to as a "Shadow Cabinet." The official opposition and smaller opposition parties are allocated parliamentary time and have representation on all parliamentary committees to fulfill their role. The primary function of the Shadow Cabinet is to scrutinize the activities of each government department and make policies pertaining to their respective domains. The individual who holds the position of the Leader of the Official Opposition is the leader of the opposition party with the highest number of members. This position entails extra remuneration in addition to the legislative income obtained as a Member of Parliament. The Leader of the Official Opposition appoints a Shadow Cabinet to monitor the activities of government agencies.

See more information: Leyland (n 61) 111–112.

102 *ibid* 147.

103 Elliott and Thomas (n 97) 135.

convention, no longer applies until the repeal of the FTPA 2011 with the Dissolution and Calling of Parliament Act 2022¹⁰⁴. As observed, between 2011 and 2022, the prime minister's power to dissolve Parliament was restricted by the Act of Parliament, putting him in a weaker position.

Another constraining factor is public opinion. When the prime minister loses the support of the people, their position is in danger. When this happens, the parliament, cabinet, and other actors are more likely to challenge them because an unpopular the prime minister could lead to losing the next election, which is crucial for them. Particularly in recent times, it can be said that public support shapes the future of the prime minister. Accordingly, a popular prime minister could be considered to act on behalf of the people by justifying their decisions for public approval. However, when they lose it, it becomes a vital problem for the prime minister and their party for future actions because coming to power depends on the people who vote in elections.

Media is considered a new type of constraint that can determine public opinion and popularity. Increasing popularity by being in the media highlights the importance of media in the public's recognition of parties and prime minister candidates, as well as in determining their voting behavior, which forces the prime minister to consider the media as a factor in gaining power by seeking the support of media outlets¹⁰⁵. Prime ministers frequently introduce policies or suggest projects through broadcast or newspaper interviews rather than in Parliament¹⁰⁶. Today, we should also consider social media such as X and Facebook. Although these can be useful tools for the prime minister to exercise and widen their influence, they can also limit the prime minister's authority.

Furthermore, the result of a general election is also important and can be a restriction for the prime minister. For instance, the occurrence of coalition and minority government during the period from 2010 to 2019 establishes the framework for re-examining the extent of prime ministerial authority. Starting in 2010, the government's dominant control over Parliament, which was referred to as 'elective dictatorship', no longer held true. Instead, governments with a strong majority were replaced by a coalition government from 2010 to 2015, followed by a Conservative government with a very slim majority from 2015 to 2017, and finally a minority Conservative government from 2017 to 2019, which relied on an informal 'confidence and supply' agreement with the 10 MPs from Northern Ireland's Democratic Unionist Party¹⁰⁷. Under these circumstances, the prime minister has a weak position compared to previous strong the prime ministers such as Tony Blair or Margaret Thatcher. In fact, the prime minister during this period could not exercise executive power alone, instead considering various factors such as coalition partners, parliament, and ministers to sustain their government. Although the Conservative party came to power alone in the 2019 elections, two prime ministers (Boris Johnson and Liz Truss - the current prime minister is Rishi Sunak) have changed since the election. (Also three prime ministers since 2019, Theresa May resigned in 2019). As seen, it

104 Leyland (n 61) 150.

105 Norton (n 40) 377.

106 Riddell (n 80) 818.

107 Leyland (n 61) 149.

is difficult to say that since 2010, there has been a strong prime minister who is considered to be like a president or established prime minister government.

The personality of the prime minister is also important in determining their position in office. There are different types of political leadership for prime ministers. According to HH Asquith, who served as prime minister from 1908 to 1916, ‘The office of prime minister is what its holder chooses to make it’¹⁰⁸. Different prime ministers exercise their powers differently. Some pursue political office with the aim of implementing a certain agenda of public policy, while others do so out of a sense of civic responsibility or purely out of ambition for political power. According to Norton, a classification system consisting of four distinct categories of prime ministers has been devised. These categories include innovators such as Margaret Thatcher, reformers such as Clement Attlee, egoists such as Tony Blair, and balancers, such as Harold Macmillan¹⁰⁹. Additionally, even the same prime minister can pursue different policies at different times. For instance, Churchill’s role as prime minister during peacetime (balancer between 1951 and 1955) was markedly distinct from his wartime tenure (innovator between 1940-1945). Similarly, Lasswell categorized political leaders into three sorts based on their abilities: the agitator focuses on rallying people, the administrator operates inside systems, and the theorist aims to bring about global change¹¹⁰. Therefore, the personality of the prime minister can also be a limitation for the office.

Another factor is that while political constitutionalism is weakening, legal political constitutionalism is becoming more important. This means that the judiciary has started to limit the powers of the government, particularly the prime minister. In particular, with the establishment of the Supreme Court in 2009, statute law can be reviewed by the court. This decreases the power of the government and parliament, thereby restricting the powers of the prime minister who leads the government and the majority party in parliament.

Lastly, while state policies were historically made by the centralized executive, they are now being made by various organs at sub-national, national, and supranational levels. In Scotland, Northern Ireland, and Wales, some policy-making authority has been devolved to elected authorities. Additionally, some powers have been transferred to national organs such as regulators and courts. This also reduces the powers of the central government led by the prime minister. Particularly, the Supreme Court is empowered to resolve conflicts between UK domestic law and European law or with the European Convention on Human Rights.

108 Elliott and Thomas (n 97) 134.

109 Norton (n 40) 378.

Innovators engage in a competition to become Prime Minister, with the aim of implementing a specific agenda that they have carefully devised.

Reformers aim to obtain authority in order to implement a specific agenda of public policy, which is mostly determined by the party itself.

Egoists pursue power solely for the purpose of possessing power.

Balancers strive to maintain equilibrium within society.

110 Mark Bennister, *Prime Ministers in Power Political Leadership in Britain and Australia* (Palgrave Macmillan UK 2012) 9–10 <<http://link.springer.com/10.1057/9780230378445>> accessed 8 March 2024.

Furthermore, supranational organizations such as the institutions of the European Union, NATO, and the World Trade Organization have acquired some powers over the prime minister's office due to the increasing importance of globalization. Certain international policies have been determined by different organs, and the prime minister is not in a position to dominate or decide global policies¹¹¹. In fact, with multiple players, the prime minister is usually not the most significant actor among equals, so the possibility of a policy that he does not desire is high. However, they still may be in a position where compliance with the policy is necessary. The main reason for this is that the world is shrinking in terms of communication and economic developments. In order to solve global problems, international connections and arrangements have become important, thus increasing the interdependence of states and the tendency to determine common policies¹¹², which has led to a decrease in the power of the prime minister.

It can be said that international institutions have affected the prime minister's office in recent decades, particularly the European Union. Since 1973, British domestic law has fallen under the authority of EU law, and the EU's jurisdiction currently extends to most economic sectors and is expanding into new areas such as foreign affairs, border controls, social policy, and education¹¹³. Even after Brexit, EU laws and rules continue to constrain the executive. It should be noted that EU law is commonly incorporated into domestic law. Additionally, with the increasing emphasis on the rule of law as a guiding principle, the courts, particularly the Supreme Court, are considered significant institutions for limiting the executive, especially in matters relating to EU law.

V. THE CORE EXECUTIVE MODEL

As discussed above, in the 1960s and 1970s, a debate emerged regarding the distribution of power within the executive branch, categorized into 'cabinet government' and 'prime ministerial government' based on which institution wields the most influence in political decision-making¹¹⁴. While the supremacy of cabinet government was commonly accepted before the 1960s, scholars such as Richard Crossman challenged this notion, advocating for the increasing dominance of the prime minister in the executive branch. This debate persisted over time, with varying perceptions during different prime ministers' tenures. For example, the Thatcher era was often associated with prime ministerial government, while John Major's time saw a resurgence of cabinet government. However, Tony Blair's leadership was characterized by a shift of power from the cabinet to the prime minister, as highlighted by the presidentialization thesis¹¹⁵. The presidentialization approach reflects changes

111 Ian Bache and Matthew Flinders, *Multi-Level Governance* (Oxford University Press 2004) <<https://academic.oup.com/book/10675>> accessed 11 March 2024.

112 Richard Rose, *The Prime Minister in a Shrinking World* (Polity 2001); Buckley (n 12) 111–113.

113 James (n 6) 8.

114 Martin J Smith, 'Reconceptualizing the British State: Theoretical and Empirical Challenges to Central Government' (1998) 76 *Public Administration* 45, 47; Rhodes (n 1).

115 Birgit Bujard, *The British Prime Minister in the Core Executive: Political Leadership in British European Policy* (Springer International Publishing 2019) 17 <<http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-89953-4>> accessed 8 March 2024; Thomas Poguntke and Paul Webb (eds), *The presidentialization of politics: a comparative study of modern democracies* (Oxford University Press 2005); Foley (n 84).

in political leadership in the UK during the early 2000s, demonstrating how a prime minister, under favorable political circumstances, can exhibit dominant political leadership¹¹⁶. However, these theories alone do not fully elucidate the workings of the executive today. Hence, the core executive model is introduced to address this issue.

As Heffernan noted, understanding the prime minister's position and the broader functioning of the core executive requires addressing three phenomena: 'hierarchies within government, inequalities of power, and the properties of actors and institutions'¹¹⁷. By addressing these aspects, it becomes evident that the prime minister alone is insufficient to explain the executive and its functioning. Therefore, a comprehensive analysis of the core executive is essential to grasp the roles of both the prime minister and other actors within the executive.

According to Rhodes, the term 'core executive' encompasses the various institutions and procedures that facilitate the coordination of central government and serve as ultimate decision-makers in resolving conflicts between different branches of the government apparatus. Essentially, the 'core executive' refers to the central and essential part of the political system, which includes an intricate network of institutions, networks, and practices related to the prime minister, cabinet, cabinet committees, their official counterparts, informal ministerial gatherings, bilateral negotiations, and interdepartmental committees¹¹⁸.

According to Core Executive theory, the prime minister operates within a framework shaped by institutions and external political and economic variables. While the prime minister possesses greater resources compared to other individuals, he relies on other players and resource exchanges to accomplish objectives, as other actors and institutions in the core executive also possess resources. Therefore, the success of the prime minister depends on his strategies and tactics with other players¹¹⁹.

The core executive model can be discussed in different aspects. For instance, Smith developed his analytical framework regarding the core executive on five key elements: resources, power, agency, structure, and context. He stated that the examination of the political leadership of the prime minister is founded on these aspects, and the position of other actors in the executive will be shaped accordingly¹²⁰.

Under the core executive model, there are multiple main actors, as noted by Heffernan. He emphasized that all actors or institutions within these networks do not hold the same level of importance. The 'core executive' itself also has a 'core'. Networks may consist of multiple participants, each with their own roles and levels of influence. These networks are not simply pluralistic but also possess internal

116 Richard Heffernan, 'Prime Ministerial Predominance? Core Executive Politics in the UK' (2003) 5 *The British Journal of Politics and International Relations* 347; Richard Heffernan, 'Exploring (and Explaining) the British Prime Minister' (2005) 7 *The British Journal of Politics and International Relations* 605; Bujard (n 115) 21.

117 Heffernan, 'Exploring (and Explaining) the British Prime Minister' (n 116) 616.

118 Rhodes (n 1) 12.

119 Smith (n 20) 71.

120 *ibid* 29–36; Bujard (n 115) 18–19.

hierarchies¹²¹. This implies that no single actor or institution will always have absolute power, and the system is subject to change. While some actors may have more opportunities to obtain power, various factors will always affect the sharing or use of power. These factors include parliamentary arithmetic, the type of government in place, and the popularity of the leaders.

It is evident that resources play a significant role in the core executive, as certain actors possess different resources that influence how the executive functions. Therefore, it is essential to discuss resources in detail when analyzing the core executive model.

The prime minister possesses certain resources, which are derived partly from their personal style and authority, and partly from the institutional aspects of their office. Accordingly, it can be said that the prime minister has two kinds of sources: formal and informal.

The prime minister's formal resources originate from the office itself. They can be exemplified as follows: the power to appoint; partial control over the cabinet's agenda; selection of the chairs and members of cabinet committees; and the prime minister's office, which offers administrative assistance and the capacity to develop strategic supervision. Informal resources encompass a comprehensive understanding of government, which means the prime minister usually shapes government policy, the capacity to intervene in several policy domains, and the exercise of authority¹²². It should be noted that although these resources provide an advantage for the prime minister, their effectiveness depends on the circumstances and the actors involved. For instance, ministers also have their own resources such as their departmental powers, so the prime minister should consider this. In fact, the executive would be shaped according to the relationship between the prime minister and other actors, particularly ministers, making the use of their sources significant.

In particular, Heffernan focused on the resources of the prime minister. Accordingly, a prime minister can have various institutional and personal resources. To dominate, the prime minister should accumulate and utilize personal resources while fully utilizing available institutional resources. He stated that personal resources include "reputation, skill and ability; association with actual or anticipated political success; public popularity; and high standing in his or her party."¹²³ He also identified four crucial institutional resources. Firstly, the prime minister is the legal head of the government. Secondly, they may determine the government's policy agenda through their control of the cabinet system and their influence in Whitehall. Thirdly, they can create a de facto prime minister's Department by utilizing No. 10 Downing Street and the Cabinet Office. Lastly, they can engage in political agenda-setting by effectively managing the media¹²⁴. With these sources, the prime minister has an advantage to gain power in the executive.

Additionally, the prime minister has abundant resources within the executive and enjoys easier access to resources compared to other actors and institutions, making them more powerful within

121 Heffernan, 'Prime Ministerial Predominance?' (n 116) 369.

122 Smith (n 20) 76.

123 Heffernan, 'Prime Ministerial Predominance?' (n 116) 351.

124 *ibid* 347–357.

executive networks. The prime minister's predominance allows them to lead the executive, drive policy creation, and manage the legislature without exercising complete control or domination. Although no prime minister possesses ultimate, unconditional power, they can wield enormous, conditional power¹²⁵, which puts them in an advantageous position compared to other actors in the executive.

However, resources alone are inadequate for attaining objectives. Hence, the prime minister engages in exchanges, often with ministers, as well as officials, advisors, and to a certain extent, MPs¹²⁶. For instance, the prime minister usually needs the support of the cabinet. Additionally, a prime minister's personal resources are influenced by institutional, political, electoral, ideational, and socioeconomic circumstances in which they operate¹²⁷. For instance, if the political conditions are favorable for the prime minister, they may rely less on the ministers¹²⁸. Therefore, it is impossible to say that the prime minister is always the main decision-maker in the executive or exercises executive power alone. On the contrary, while they have advantages, they always need to consider other actors, political circumstances, and relevant factors.

Another important element that explains the core executive is the structure. The structure of institutions also determines the position of the prime minister and other actors within the executive. Within the central state, different actors and departments encounter varying levels of structure. Civil workers are limited by regulations that dictate their conduct, power, and scope of impact. Ministers are limited by their position and duties, while the state can also be constrained by financial markets, international agreements, and the characteristics of its military. However, it should be noted that these structures are created by humans and are therefore capable of being altered¹²⁹.

The use of resources by the prime minister depends on the structure, which is divided into two ways: internally and externally. Internally, within the central state, the prime minister's resources and their connection with other actors are influenced by the laws and institutions of the core executive. Externally, the office of the prime minister is influenced by various constraints, such as global financial markets, the boundaries of state action, the limitations on taxable income, and the public's support for the prime minister's actions¹³⁰. Therefore, the position of the prime minister and other actors depends on such changes.

Regarding agency, actors possess resources that may or may not be dictated by structure, but the exertion of power relies on intention: the utilization of resources and accomplishment of objectives¹³¹. These actors use certain strategies and tactics to achieve their goals. In particular, the strategies and tactics of the prime minister are important here. It can be said that there are some strategies

125 Heffernan, 'Prime Ministerial Predominance?' (n 116) 350.

126 Smith (n 20) 74.

127 Heffernan, 'Exploring (and Explaining) the British Prime Minister' (n 116) 618.

128 Smith (n 20) 74.

129 *ibid* 30.

130 *ibid* 79–80.

131 *ibid* 32.

which the prime minister could follow according to their wishes and circumstances. Interventionist (Thatcher), collectivist (Major), and directive (Blair) are the most common strategies. The prime minister's strategies and tactics affect their roles and their relationship with others. For instance, Thatcher employed the strategy of forming small ministerial groupings to gain backing for her objectives by holding bilateral meetings with ministers. Prime minister Major collaborated with the cabinet to establish agreement and postponed decisions until support was obtained. Blair utilized the resources of the prime minister's Office and Cabinet Office to formulate a clear and purposeful strategic direction. The prime minister ensured that ministers adhered to directives¹³². As seen, each prime minister used a different strategy and tactics according to their sources and purposes. It should be noted that the ministers and other actors also have their own strategies and tactics which could challenge the prime minister's agenda, making it a kind of political game among actors.

It can be said that the prime minister holds an advantageous position to gain power, but there are certain factors that determine it. As Heffernan stated, 'Predominance grants the prime minister the 'potential' for leadership within government, but only when personal power resources are married with institutional power resources, and when the prime minister is able to use both wisely and well'¹³³. Likewise, prime ministerial predominance will increase prime ministerial autonomy, but it cannot render a prime minister completely autonomous. No prime minister can control every aspect of government due to its complexity and intricacy. When they do get involved, they must collaborate with other actors and organizations to exert influence. prime ministers possess substantial personal and institutional resources that can influence results, while other ministers and their departments also have resources that they can utilize in a similar manner¹³⁴.

Moreover, the core executive clearly emphasizes that one element would not be sufficient to understand the executive, particularly the position of the prime minister. For instance, as mentioned before, the personality of the prime minister is also important to understand how he gains and exercises power. It is claimed that strong prime ministers could dominate the executive by dominating the cabinet. However, it is clear that the power of the prime minister does not only depend on the personality of the prime minister, as seen in the example of the dismissal of Thatcher. Certain resources, other actors, context, and circumstances have a significant effect on shaping power in the executive. While the prime minister can use the most suitable tactics and strategies to achieve his aims, other actors can also follow tactics and strategies for different reasons. Therefore, there will be no clear answer saying the prime minister or any other actor is powerful without considering other factors and actors, but the prime minister has more chance to gain power in the executive compared to other actors due to having the most useful resources.

As a result, the core executive explains the UK executive, and the prime minister's position depends on these sources and other actors. It should be noted that although the possibility of conditions that the prime minister could control the executive alone has increased, the prime minister could not

132 *ibid* 88.

133 Heffernan, 'Prime Ministerial Predominance?' (n 116) 350.

134 *ibid* 364.

be considered the only actor in the executive. In fact, both the prime minister and Cabinet could still be the core executive, and which one will be more effective in the executive depends on certain elements as mentioned above. Therefore, it can be said that despite the prime minister's position being emphasized, the Cabinet, its members, and other actors and elements, and their relationships with each other are the main factors that determine the core executive in the UK.

CONCLUSION

In conclusion, the British executive has evolved through various stages, influenced by constitutional developments over a long historical process. Initially, the monarch held all state powers, including executive authority, but eventually ceded executive power to the cabinet during the transition to constitutional monarchy. At this stage, although the roles of prominent ministers or leaders were significant to a certain extent, the cabinet, consisting of ministers working collectively, remained the real authority in the executive. However, the cabinet's dominance in executive power waned since the 20th century, particularly after the Second World War, sparking discussions on the transition from cabinet government to prime ministerial government. Since the 1960s, the thesis that the prime minister is the most important actor in the executive has been widely discussed, with some suggesting a shift towards a presidential system. Yet, it has long been understood that the office of the prime minister has not always been the sole center of power in the executive. The relations and conflicts between the cabinet system and the prime ministerial system have been subjects of intense scrutiny in literature. Through explanations of the characteristics, roles, and historical development of both the cabinet system and the prime minister's office, the article attempts to explain their current positions within the executive.

In reality, neither the cabinet government system nor the prime ministerial system suffices to explain today's British executive. This article argues that the best method to explain the British executive today is the core executive model. According to this model, there is no single method or theory that always works to explain how the executive functions. The core model suggests that executive power usage and effectiveness depend on factors such as the existence of actors in the executive, the resources that determine the powers and behaviors of these actors, structural elements, tactics and methods employed, and the personalities of the actors. Thus, although the prime minister may have an advantage over other actors, the functioning of the executive will vary according to the aforementioned factors. Sometimes, the executive may be centered around the prime minister, while at other times, it may revolve around actors such as the cabinet or political party. Therefore, the claim that this can be determined in advance is unrealistic under today's conditions.

REFERENCES

- Amery LS, *Thoughts on the Constitution* (Oxford University Press 1953)
- Bache I and Flinders M, *Multi-Level Governance* (Oxford University Press 2004) <<https://academic.oup.com/book/10675>> accessed 11 March 2024

- Bagehot W, 'The English Constitution' <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>> accessed 23 April 2019
- Benn T, 'The Case for a Constitutional Premiership' (1980) 3 *Parliamentary Affairs* 7
- Bennister M, *Prime Ministers in Power Political Leadership in Britain and Australia* (Palgrave Macmillan UK 2012) <<http://link.springer.com/10.1057/9780230378445>> accessed 8 March 2024
- Bogdanor V, *From New Jerusalem to New Labour: British Prime Ministers from Attlee to Blair* (Palgrave Macmillan 2010)
- Bradley AW, Ewing KD and Knight CJS, *Constitutional and Administrative Law* (17th edn, Pearson 2018)
- Buckley S, *The Prime Minister and Cabinet* (Edinburgh University Press 2006)
- Bujard B, *The British Prime Minister in the Core Executive: Political Leadership in British European Policy* (Springer International Publishing 2019) <<http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-89953-4>> accessed 8 March 2024
- Burch M, 'The United Kingdom' in Jean Blondel and Ferdinand Müller-Rommel (eds), *Cabinets in Western Europe* (2nd edition edition, Palgrave Macmillan 1997)
- Crossman RHS, 'Introduction' in Walter Bagehot, *The English Constitution* (Fontana 1963)
- Elgie R, *Political Leadership in Liberal Democracies* (1st edn, Bloomsbury Publishing Plc 1995) <<https://www.bloomsburycollections.com/monograph?docid=b-9781350362987>> accessed 8 March 2024
- Elliott M and Thomas R, *Public Law* (4th edn, Oxford University Press 2020)
- Foley M, *The Rise of the British Presidency* (Manchester University Press ; Distributed exclusively in the USA and Canada by St Martin's Press 1993)
- Foster C, 'Cabinet Government in the Twentieth Century' (2004) 67 *The Modern Law Review* 753
- Heffernan R, 'Prime Ministerial Predominance? Core Executive Politics in the UK' (2003) 5 *The British Journal of Politics and International Relations* 347
- , 'Exploring (and Explaining) the British Prime Minister' (2005) 7 *The British Journal of Politics and International Relations* 605
- Hennessy P, *The Hidden Wiring: Unearthing the British Constitution* (Indigo 1996)
- 'History of Sir Robert Walpole - GOV.UK' <<https://www.gov.uk/government/history/past-prime-ministers/robert-walpole>> accessed 10 March 2024
- James S, *British Cabinet Government* (2nd edn, Routledge 1999)
- Jennings I, *Cabinet Government* (3 edition, Cambridge University Press 1969)
- Leyland P, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis* (Fourth edition, Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing 2021)
- Mackintosh JP, *The British Cabinet* (2nd edn, London: Stevens 1968)
- Masterman R and Murray C, *Constitutional and Administrative Law* (Second edition, Pearson 2018)
- Morley J, *Walpole* (Greenwood Press 1971)
- Naughtie J, *The Rivals: The Intimate Story of a Political Marriage* (Fourth Estate 2001)
- Norton P, 'The Glorious Revolution of 1688 Its Continuing Relevance' (1989) 42 *Parliamentary Affairs* 135
- , 'The Core Executive: The Prime Minister and Cabinet' in Bill Jones and Philip Norton (eds), *Politics UK* (8th edn, Pearson 2013)
- Poguntke T and Webb P (eds), , *The presidentialization of politics: a comparative study of modern democracies* (Oxford University Press 2005)
- Pollard D, Pargworth N and Hughes D, *Constitutional and Administrative Law: Text with Materials* (4 edition, OUP Oxford 2007)

- Rhodes RAW, 'From Prime Ministerial Power to Core Executive' in Patrick Dunleavy and RAW Rhodes (eds), *Prime Minister, Cabinet and Core Executive* (Macmillan Education, Limited 1995)
- Riddell P, 'Prime Ministers and Parliament' (2004) 57 *Parliamentary Affairs* 814
- Rose R, *The Prime Minister in a Shrinking World* (Polity 2001)
- Seldon A, 'The Cabinet System' in Vernon Bogdanor (ed), *The British Constitution in the Twentieth Century* (1st edn, British Academy 2004) <<https://academic.oup.com/british-academy-scholarship-online/book/21447>> accessed 8 March 2024
- Smith MJ, 'Reconceptualizing the British State: Theoretical and Empirical Challenges to Central Government' (1998) 76 *Public Administration* 45
- , *The Core Executive in Britain* (Macmillan Education UK 1999) <<http://link.springer.com/10.1007/978-1-349-27237-2>> accessed 8 March 2024
- 'The Cabinet Manual A Guide to Laws, Conventions and Rules on the Operation of Government' (2011) <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a79d5d7e5274a18ba50f2b6/cabinet-manual.pdf>> accessed 22 December 2022
- Thomas GP, *Prime Minister and Cabinet Today* (Manchester University Press ; Distributed exclusively in the USA by St Martin's Press 1998)
- Tomkins A, *Public Law* (Oxford University Press, USA 2003)
- Turpin C and Tomkins A, *British Government and the Constitution: Text and Materials* (7th ed, Cambridge University Press 2011)
- Winchester N, 'Revision of the Cabinet Manual: House of Lords Constitution Committee Report' <<https://lordslibrary.parliament.uk/revision-of-the-cabinet-manual-house-of-lords-constitution-committee-report/>> accessed 10 March 2024

Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.2023 Tarihli ve E. 2020/76, K. 2023/172 Sayılı Kararıyla 5651 sayılı Kanun'un Kişilik Haklarının İhlaline İlişkin 9. Maddesinin İptaline İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler

Review and Evaluations Regarding the Annulment of Article 9 of the Law No. 5651 on Violation of Personal Rights by Decision of the the Constitutional Court Dated 11.10.2023 and Numbered 2020/76-2023/172

Neslihan ATEŞ BENEK* 

ÖZ

Anayasa Mahkemesi, 11 Ekim 2023 tarihli ve E. 2020/76, K. 2023/172 sayılı kararıyla 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. maddesini iptal etmiştir. Karar, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda içeriğin yayından çıkarılmasına ve/veya bu yayınlara erişimin engellenmesine imkan tanıyan bu düzenlemenin, ifade ve basın özgürlüğünü sınırladığını ifade etmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin kararı, ifade ve basın özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki dengeyi yeniden değerlendirmeye yönelik önemli bir adım olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla gerek ifade ve basın özgürlüğü ile kişilik hakları arasında sağlıklı bir denge kurulması gerekse internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi konusunda etkili bir mekanizmanın oluşturulması önem arz etmektedir. Nitekim çalışmamızda Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımı detaylı şekilde ele alınarak ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişilik hakları, İçeriğin yayından çıkarılması, Erişimin Engellenmesi, İfade özgürlüğü, Basın özgürlüğüteoris.

ABSTRACT

The Constitutional Court, has annulled Article 9 that is on violation of the personal rights, of the Law No. 5651 on the Regulation of Broadcasts via Internet and Combating Crimes Committed by the Means of Such Publications, with its' decision no. 2020/76-2023/172 dated 11 October 2023. The decision means that this regulation, that is allowing removal of the content from broadcasting and/or blocking access to these publications upon the requests of those whose personal rights have been violated due to the content of publications on the internet, restricts freedom of expression and freedom of the press. In this context, the decision of the Constitutional Court should be considered as an important step towards re-evaluation of the balance between freedom of the expression/press and the personal rights. Therefore, it is important to establish a healthy balance between the freedom of expression and freedom of the press and the personal rights and to establish an effective mechanism for the regulation of publications on the internet in this respect. As a matter of fact, in our study, the approach of the Constitutional Court on the subject has been discussed in details and an evaluation has been made in terms of emerging problems and solution suggestions to them.

Keywords: Personal rights, Removal of content from broadcasting, Access blocking, Freedom of expression, Freedom of the press.

* Doktor/ Avukat, ORCID: 0000-0002-9927-6351

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Neslihan ATEŞ BENEK

E-posta/E-mail: ates.neslihan@hotmail.com

Geliş Tarihi/Received: 14.05.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 12.06.2024

I. GENEL BİLGİLER

5651 sayılı Kanun'un¹ kişilik haklarının ihlaline² ilişkin “İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” başlıklı 9. maddesinin başlığı, 6 Şubat 2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesiyle “İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı şekilde bu değişiklik, 9. maddenin 1. fıkrasında da yapılmıştır. Buna göre, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına³ başvurarak uyarı yöntemi⁴ ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebiliyorlardı⁵. Oysa 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 6518 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki halinde, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin talepleri doğrultusunda içeriğe erişimin engellenmesine karar verilemiyordu. Mahkemeler yalnızca içeriğin yayından çıkarılması şeklinde daha sınırlı bir karar veriyordu⁶.

Ne var ki yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin düzenlendiği 9. maddede 2014 yılında yapılan değişiklikle birlikte, pek çok internet sitesi, haber ve sosyal medya içeriği erişime engellenmiştir.

- 1 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5651, Kabul Tarihi: 04.05.2007, RG 23.05.2007/26350.
- 2 Kişilik hakkı kavramına ilişkin açıklamalar için bkz Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler* (11. Bası, Yetkin 2021) 252 vd; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2021) 66 vd; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (11. Baskı, Adalet 2023) 93 vd; Zeki Hafizoğulları, ‘İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması’ (1997) 46 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 2 vd.
- 3 İnternet sülerine ilişkin açıklamalar için bkz Neslihan Ateş Benek, *İnternet Sülerinin Ceza Sorumluluğu ve Tedbirler Bağlamında Sosyal Ağların Denetimi* (On İki Levha 2023) 29 vd; Alp Öztekin, *Teori ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku* (Seçkin 2021) 155 vd.
- 4 5651 sayılı Kanun'un m.2/f.1(r) hükmüne göre uyarı yöntemi, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini ifade etmektedir.
- 5 5651 sayılı Kanun'da erişimin engellenmesi tedbirine ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Bunun yerine, Kanun'un m.2/f.1(o) hükmünde erişimin engellenmesinde kullanılan tekniklere yer verilmiştir. Bu teknikler ise alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesidir. Anayasa Mahkemesi, erişimin engellenmesi tedbirini şu şekilde tanımlamıştır: “Erişim engelleme, internet ortamında yayın yapan bir siteme girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir internet sitesine ulaşımının engellenmesidir. Hakkında erişim engelleme kararı verilen bir sitenin internet ortamında yayını kapatılmamakta, birtakım teknik yollar izlenerek ve yalnızca Türkiye sınırları içerisinde siteme ulaşımının önüne geçilmektedir.”, AYM, E 2014/149, K 2014/151, 02.10.2014; İçeriğin yayından çıkarılması ise 5651 sayılı Kanun'un m.2/f.1 (ö) hükmünde, içerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılması şeklinde tanımlanmıştır. 5651 sayılı Kanun'da düzenlenen bu tedbirlere ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz Aysun Altunkaş, *Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlar ve Hukuka Uygunluk Nedenleri* (Yetkin 2022) 166 vd; Ateş Benek (n 3) 144-147; İsmail Çınar, ‘5651 sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak “İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarla İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi” (2021) 8 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 73-75.
- 6 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yapılan değişikliklere ilişkin açıklamalar hakkında bkz İsmail Demez ‘Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğin Yayından Çıkarılmasında Görev Ve Yetki Sorunu’ (2021) 3 (2) Bilişim Hukuku Dergisi 338, 346 vd; Yargıtay'ın 9. maddede yapılan değişikliği ifade ettiği kararı için bkz Yargıtay, 19. CD, E 2017/3730, K 2018/773, 25.01.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2024.

Şöyle ki, eleştiri niteliğinde olan birçok haber, hakaret içerdiği ve dolayısıyla kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle erişimin engellenmesi tedbirine tabi tutularak süresiz olarak kısıtlanmıştır. Erişimin engellenmesine konu olan içeriklerin birçoğunun ise kamuyu yakından ilgilendiren haberler olduğunu söylemek mümkündür.

2014 yılından bu yana, kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla sayısız erişimin engellenmesi kararı alınırken Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlara ilişkin yaklaşımı da önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi, emsal niteliğindeki kararlarında, erişimin engellenmesi kararlarının ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmederken internet ortamına ilişkin olarak birtakım hukuki ilkeleri de tespit etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, *Ali Kıdık* başvurusuna ilişkin kararında⁷, *prima facie* (ilk bakışta) ilkesini kabul ederek 9. maddenin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin engellenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan erişimin engellenmesi tedbirinin istisnai olarak uygulanması gerektiğinin de altını çizmiştir. Buna göre, internet ortamında yapılan yayının kişilik haklarını ihlal ettiği, detaylı bir araştırmaya ihtiyaç duyulmadan hemen ilk bakışta fark edilebiliyorsa 9. maddede düzenlenen bu istisnai usul uygulanabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, 9. maddeye ilişkin olarak çeşitli hukuki prensipler öngörmesine rağmen, sulh ceza hakimlikleri bu kararları yok sayarak rutin bir şekilde pek çok haber ve içeriğe erişimi engellemiştir. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında verilen yüzlerce erişimin engellenmesi kararında ne *Ali Kıdık* başvurusuna değinilmiş ne de ilk bakışta ihlal değerlendirmesi yapılmıştır.

Öte yandan, 2020 yılında 5651 sayılı Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki, 7253 sayılı Kanun'un⁸ 5. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*içeriğe erişimin engellenmesini*" ibaresi "*içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini*" şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, sulh ceza hâkimine başvurarak ilgili içeriğe erişimin engellenmesi talebinin yanı sıra, içeriğin yayından çıkarılması talebinde de bulunabilirler. Bir başka ifadeyle, 29 Temmuz 2020 tarihinden sonra sulh ceza hakimi, kişilik haklarına yönelik ihlal durumunda erişimi engellenmenin yanı sıra içeriğin yayından çıkarılmasına da karar verebilmektedir. Ayrıca 7253 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen 10. fıkrası kapsamında, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine ve bu kapsamda arama motorlarına bildirim yapılmasına da karar verilebilir⁹.

7 AYM, *Ali Kıdık*, Başvuru No: 2014/5552, 26.10.2017, RG 14.12.2017/30270.

8 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlarla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7253, Kabul Tarihi: 29.07.2020, RG 31.07.2020/31202.

9 Başvuranın adının karara konu internet adresleriyle ilişkilendirilmemesi ve unutulma hakkı için bkz Ateş Benek (n 3) 223-227; Unutulma hakkına ilişkin etraflı değerlendirmeler için bkz Eren Sözüer, *Unutulma Hakkı-İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme* (On İki Levha 2017) 8 vd; Oğuz Usta, *Kişilik Hakkı Bağlamında Unutulma Hakkı* (Adalet, 2023) 93 vd; Sinan Sami Akkurt, '17.06.2015 Tarih, E 2014/4-56, K 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde 'Unutulma Hakkı' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Zeki Hafizoğullarına Armağan) 2605, 2608 vd; Türk hukukunda unutulma hakkına ilişkin kararlar

Tüm bu değişikliklerin ardından Anayasa Mahkemesi, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusuna ilişkin kararında¹⁰, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki yapısal sorunlara işaret ederek pilot karar usulünü benimsemiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, aynı konuda yapılan ve karardan sonra yapılacak başvuruların incelenmesinin kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir. Ancak Mahkeme'nin pilot kararına rağmen, kişilik haklarının ihlaliyle ilgili olarak 9. madde kapsamında sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarında herhangi bir azalma gözlemlenmemiştir. Tam tersine kişilik hakları ihlali gerekçesiyle verilen kararlardaki artış, yayında kalmasında kamu yararı bulunan birçok içerik yönünden sansürün boyutunu gözler önüne sermiştir.

Nitekim sulh ceza hakimlikleri tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin *Ali Kıdık* kararında belirtilen ilk bakışta ihlal değerlendirmesinin yapılmaması ve ayrıca pilot karar usulünün uygulandığı *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararından sonra 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinden kaynaklanan yapısal sorunların giderilmemesi nedeniyle, kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. maddedeki düzenleme Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Bu incelemede de Anayasa Mahkemesi'nin erişimin engellenmesine ilişkin içtihatları ve ayrıca 11 Ekim 2023 tarihli ve E. 2020/76, K. 2023/172 sayılı iptal kararının¹¹ hukuki sonuçları değerlendirilecektir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5651 SAYILI KANUN'UN KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİNE İLİŞKİN 9. MADDE KAPSAMINDA VERDİĞİ İLKESEL KARARLARININ İNCELENMESİ

A. ALİ KIDIK BAŞVURUSU

Ali Kıdık başvurusuna ilişkin kararda başvuru, bir internet haber sitesindeki köşe yazılarına ve bazı haberlere ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Şöyle ki, mevcut başvuruda ilk derece mahkemesi, başvuruya konu haber ve yazıların müştekinin kişilik haklarına müdahale teşkil ettiğini belirterek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi çerçevesinde içeriklere erişimin engellenmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede ise ilk derece mahkemesinin,

için bkz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2014/4-56, K 2015/1679, 17.06.2015; AYM, *N.B.B.*, Başvuru No: 2013/5653, 03.03.2016; AYM, *N.B.B. (2)*, Başvuru No: 2014/17143, 01.03.2017; AYM, *G.D. (2)*, Başvuru No: 2014/1808, 04.10.2017; AYM, *Asım Bayar ve Veyssel Bayar*, Başvuru No: 2014/4141, 04.10.2017; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2016/1169, K 2018/490, 30.10.2018; İfade Özgürlüğü Derneği tarafından hazırlanan '*Hatırlama Hakkı İnternet Sansürünün Toplumsal Hafıza Boyutu*' başlıklı raporda, sulh ceza hakimlikleri tarafından bu rapora konu "unutulma hakkı" bağlamında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında 2020-2022 yılları arasında verilmiş 930 karar örneği incelenmiştir. Bu kararlara konu taleplerle 18.923 haber ve içeriğe erişimin engellenmesi veya bu haber ve içeriklerin çıkartılmasının talep edildiği tespit edilmiş, 15.732 (%83,13) haber ve içerik için yaptırım uygulanmış, 3.191 (%16,87) haber ve içerikle ilgili talepler reddedilmiş veya yaptırım kararları itiraz üzerine kaldırılmıştır. Bkz <https://ifade.org.tr/reports/HatirlamaHakki_2024.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2024.

10 AYM, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* Başvuru No: 2018/14884, 27.10.2021, RG 07.01.2022/31712.

11 RG 10.01.2024/32425.

başvurucunun internet sitesinde yayımladığı yazılara ilişkin erişimin engellenmesi kararının ifade ve basın özgürlüğüne müdahale anlamına geldiği sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, *Ergün Poyraz (2)*¹² Genel Kurul kararına atıf yaparak Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmediğinin; bu özgürlüğün siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaatleri kapsadığının altını çizmiştir. Bu bağlamda, bir internet sitesindeki köşe yazıları ve haberler, başkaları tarafından “değersiz” ya da “yararsız” bulunsa dahi, kişisel değerlendirmelerden bağımsız olarak ifade özgürlüğü çerçevesinde korunmaktadır¹³.

Anayasa Mahkemesi ayrıca, ifade ve basın özgürlüğünün sadece bilgilerin iletilmesi hakkını değil, aynı zamanda halkın tanınmış kişilere dair bilgi alma hakkını da güvence altına aldığını vurgulamıştır. Bu kapsamda Mahkeme, siyasetçilerin, kamusal yetki kullanan görevlilerin ve kamuoyunca tanınan kişilerin işlevlerinden kaynaklanan eleştirilere daha fazla katlanmaları gerektiğini belirterek bu kişilere yönelik eleştirinin sınırlarının geniş tutulması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴.

Öte yandan Mahkeme *Nilgün Halloran*¹⁵ ve *İlhan Cihaner (2)*¹⁶ kararına atıf yaparak, benzer başvurularda içeriğe erişimin engellenmesinden kaynaklanan ifade ve basın özgürlüğü ile internet sitesinde yayımlanan haberler nedeniyle müdahale edilen şeref ve itibar hakkı arasında adil bir denge olup olmadığının değerlendirildiğini de belirtmiştir¹⁷.

Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine dayanan erişimin engellenmesi kararına ilişkin birtakım tespitlerde bulunarak kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla etkin şekilde mücadele edebilmek ve kişilik haklarını hızlı bir şekilde koruyabilmek amacıyla, genel dava veya savcılığa şikayet usulüne ek olarak özel ve hızlı bazı usuller öngördüğünü ifade etmiştir. Bu usullerden biri de 5651 sayılı Kanun ile getirilen ve sulh ceza hakimi tarafından çelişmeli olmayan bir usulle verilen erişimin engellenmesi kararlarıdır¹⁸.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan bu özel ve hızlı usul uyarınca, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla içeriğe erişimin engellenmesi talebini alan sulh ceza hakimi, yirmi dört saat içinde, söz konusu talebe dair duruşma düzenlemeden bir karar verme yükümlülüğü altındadır. Özellikle belirtmek gerekir ki, bir mahkemeye yirmi dört saat içinde karar verme zorunluluğu getirilmesi tipik bir uygulama değildir. Hukuk hakimleri, iddia kanıtlanana kadar; ceza hakimleri ise maddi gerçeğe ulaşınca kadar yargılama yaparlar. Bu nedenle, yirmi dört

12 AYM, *Ergün Poyraz (2)* (GK), Başvuru No: 2013/8503, 27.10.2015.

13 *Ali Kıdık*, para 45; Ayrıca bkz AİHM, *Handyside v Birleşik Krallık*, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, para 49; AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri*, Başvuru No: 2014/3986, 02.04.2014, para 35; AYM, *Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri*, Başvuru No: 2014/4705, 29.05.2014, para 48.

14 *Ali Kıdık*, para 46; Basın özgürlüğünün muhtevası ve sınırları için bkz Erhan Tanju, *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü* (2. Baskı, Seçkin 2017) 2013 vd; Altunkaş (n 5) 327 vd; Nihan Esendal, *Basın Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali* (Seçkin 2018) 51 vd; Metin Baykan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü* (Adalet 2011) 44 vd.

15 AYM, *Nilgün Halloran*, Başvuru No: 2012/1184, 16.07.2014.

16 AYM, *İlhan Cihaner (2)*, Başvuru No: 2013/5574, 30.06.2014.

17 *Ali Kıdık*, para 51.

18 *ibid* para 55.

saat gibi son derece kısa bir süre içinde yargılama yapılması ve karar verilmesi olağan dışıdır. Ayrıca söz konusu iddianın bu kadar kısa sürede kanıtlanması ve hakim bu süre içinde maddi gerçeğe ulaşması, delilleri incelemesi veya yeni delillere başvurusu da pratikte mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, bu kadar kısa bir süre içinde karar verme zorunluluğunun adil yargılanma hakkıyla uyumlu olmadığı düşünülebilir¹⁹.

Bilindiği gibi Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde yalnızca iddia değil, savunma da temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Ancak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen usulde, savunma hakkı göz ardı edilmiştir. Bu usulde hakim, karşı tarafı dinlemeksizin, talep edenin sunduğu bilgi ve belgelere dayanarak bir karar verdiğinden, bu tür bir uygulamanın Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu kabul edilebilir²⁰.

Erişimin engellenmesi talebi üzerine sulh ceza hakimi, talep sahibi tarafından sunulan evrakı inceleyerek bir karar vermektedir. Dolayısıyla bu süreçte ilgili yayın organı ve sorumlular, söz konusu erişimin engellenmesi talebinden haberdar olamamakta, ayrıca internet sitesinin ilgilileri duruşma açılmayacağı için duruşmada hazır bulunamamaktadır. Ayrıca hakim yirmi dört saat içinde karar verme zorunluluğunun bulunması, bu süre içinde karşı tarafa tebligatta bulunup yazılı olarak savunma yapma ihtimalini de ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda, karşı taraf savunma yapamamakta ve hakim kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve görüşlere ilişkin bilgi sahibi olamamaktadır²¹.

Özetle, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen bu istisnai usul, "diğer tarafı da dinle" ilkesine aykırıdır. Dolayısıyla yirmi dört saat içinde, duruşma yapmadan ve dosya üzerinden karar veren hakim, yalnızca talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere dayanarak kararını verecektir²².

Bununla birlikte, 5651 Kanun'un 9. maddesi uyarınca erişimin engellenmesi kararı alındıktan sonra failer hakkında adli soruşturma başlatılıp başlatılmayacağı hususu da belirsizdir. Eğer kişilik haklarına müdahale nedeniyle soruşturma açılırsa, yargı mercileri erişimin engellenmesi tedbirinin akıbetine dair bir karar verebilecektir. Buna mukabil, bir soruşturma başlatılmaması halinde erişimin engellenmesi tedbiri, internet kullanıcılarını engellenen içeriğe belirsiz bir süre boyunca erişmekten mahrum bırakacaktır²³.

Anayasa Mahkemesi, *Ali Kıdık* başvurusuna ilişkin kararında, kişilik haklarının ihlali nedeniyle verilecek olan erişimin engellenmesi kararlarında görünüşte haklılık ya da "ilk bakışta" (prima facie) ihlal ilkesinin uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir. Bu kapsamda, Kanun'un 9. maddesi çerçevesinde verilen erişimin engellenmesi tedbirinin istisnai nitelikte olduğu belirtilmiştir. Zira sulh ceza hakimi, yirmi dört saat içinde duruşma yapmadan, karşı tarafı dinlemeden, delil toplamadan,

19 Kemal Gözler, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi' (2014) 1 (Özel Sayı) (Rona Aybay'a Armağan) Legal Hukuk Dergisi 1059, 1064.

20 ibid 1066.

21 *Ali Kıdık*, para 60.

22 Gözler (n 19) 1065.

23 *Ali Kıdık*, para 59, 85.

yalnızca talep sahibi tarafından sunulan delillerle, oldukça kısıtlı bir inceleme neticesinde erişimin engellenmesine karar vermektedir. Bu nedenle, bu istisnai usul, bir kişinin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlandığı durumlarda olduğu gibi kişilik haklarının apaçık bir şekilde ihlal edildiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda uygulanmalıdır²⁴. Aksi halde, Kanun'un 9. maddesinde öngörülen bu usulle bir internet yayınına erişimin engellenmesine karar verilmemelidir.

Bu doğrultuda öncelikle şu husus ifade edilmelidir ki, internet ortamında yer alan içeriklere yönelik kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunması ihtiyacı ile ifade özgürlüğü arasındaki adil dengeyi sağlayacak olan ilk bakışta ihlal doktrindir²⁵. Dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen bu istisnai usulün yalnızca ilk bakışta ihlal hallerinde uygulanması, Anayasada güvence altına alınan adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, *Ali Kıdık* başvurusu ile ilgili kararında, internet ortamında yer alan yayınlara erişimin engellenmesi tedbirinin, basın özgürlüğü ile kişilik hakkı arasında hassas bir denge oluşturduğuna da vurgu yapmıştır. Bu çerçevede, söz konusu tedbirin amacının, gerçek dışı bilgiler yayarak, bireylere haksız olarak zarar veren, şeref ve itibarlarını ihlal eden internet sitelerinin ilgili yayınlarının erişime engellenmesi suretiyle, kişilik haklarının korunması olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, erişimin engellenmesi tedbiri, basın özgürlüğünün ve basın mensuplarının haber verme ve eleştiri haklarının özüne zarar vermemeli ve ayrıca hak sahibinin çıkarlarını güvence altına almalıdır²⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu makamları ve mahkemeler, internetin kullanımıyla ilgili karar alırken son derece dikkatli olmalıdır. Zira internet erişiminin engellenmesi gibi kısıtlayıcı önlemler, en son çare olarak düşünülmelidir. Eğer zararlı içeriklerle mücadele etmek için alternatif yöntemler mevcutsa veya engelleme kararı daha büyük zararlara yol açacaksa, bu durumda erişimin engellenmesi tedbiri ifade ve basın özgürlüğünü zedeleyebilecektir²⁷.

Anayasa Mahkemesi ayrıca, internet aracılığıyla kişilik haklarına yönelik ihlallerle ilgili koruma önlemlerinin düzenlendiği 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki yolun, yargılama hukukuna ilişkin güvenceleri sağlamadığını ve çatışan haklar arasındaki dengelemeyi zorlaştırdığını da vurgulamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, çekişmesiz bir dava sonucunda içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olması ve zararın acilen giderilmesi gerektiğini kabul etmiştir²⁸.

24 ibid para 62.

25 ibid para 63.

26 ibid para 68.

27 ibid para 82; Bu konuda ayrıca bkz Tekin Memiş, 'Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2009) 13 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 161, 170-172.

28 *Ali Kıdık*, para 83; Çatışan hakların dengelenmesi hakkında bkz Murat Volkan Dülger ve Mustafa Temmuz Oğlakçioğlu, 'Alman Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanuna Dair Değerlendirme' (2018) (37) Ceza Hukuku Dergisi 87, 101; Seda Duysak Fidan ve Aysun Yıldız "Tazminat Hukukunda İfade Özgürlüğü ile Özel Hayatın Gizliliği Arasında Adil Denge, *İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler Uluslararası Kapanış Sempozyumu'na Katkı Kitabı* (Matus, 2017) 145, 151 vd; Altunkaş (n 5) 414 vd.

Her ne kadar başvuru konusu olayda ilk derece mahkemesi, başvuruya konu haberlerin kişilik haklarını ihlal etmesi nedeniyle 9. madde uyarınca içeriğe erişimin engellenmesi kararı vermiş ise de başvurucunun şeref ve itibarına yapılan müdahalenin “*çekişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikilmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını*” ortaya koyamamıştır²⁹. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu içeriğe erişimin engellenmesi kararının Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve Anayasa’nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

Belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanun’un kişilik haklarının ihlaline ilişkin URL bazlı erişimin engellenmesi tedbirinin düzenlendiği 9. maddesinde 2014 yılında yapılan değişiklikle birlikte, pek çok haber ve sosyal medya içeriğine erişim engellenmiştir. Anayasa Mahkemesi de *Ali Kıdık* kararıyla, 9. maddeye dayalı olarak ortaya çıkan hak ihlallerine karşı önlemler geliştirmek amacıyla prima facie ilkesini benimseyerek buna dayalı standartları oluşturmuştur. Ayrıca Mahkeme, 9. madde kapsamında ortaya çıkan zorlukları vurgulayarak bu durumun adil yargılanma hakkını nasıl ihlal ettiğini de belirtmiştir³⁰.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 9. maddede yer alan erişimin engellenmesi usulünün, her türlü haber ve yazı hakkında değil, yalnızca istisnai durumlarda uygulanabilen bir tedbir olarak düzenlendiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, 9. maddedeki yapısal sorunun çözümü için ilk bakışta ihlal doktrininin uygulanmasının gerekliliğini vurgulamıştır. İlk bakışta ihlal doktrini kapsamında, internet ortamında yer alan yayının kişilik haklarını açık bir şekilde ihlal ettiği ilk bakışta anlaşılıyorsa, daha detaylı bir inceleme yapmaya gerek kalmadan, Kanun’un 9. maddesinde öngörülen bu istisnai usul uygulanabilecektir³¹.

Ne var ki *Ali Kıdık* kararından sonra sulh ceza hakimlikleri 9. madde kapsamında pek çok haber ve içerik hakkında erişimin engellenmesi kararı vermeye devam etmiştir. Ancak söz konusu erişimin engellenmesi kararlarında ilkesel nitelikteki *Ali Kıdık* kararında benimsenen ilk bakışta ihlal doktrinine atıf yapılmadığı görülmüştür. Adeta Anayasa Mahkemesi’nin kararı görmezden gelinmiş ve bu karar yokmuş gibi erişimin engellenmesi kararları verilmeye devam edilmiştir³². Bazı sulh ceza hakimliği kararlarında ise *Ali Kıdık* kararına atıf yapılmasına rağmen, ilk bakışta ihlal doktrinine ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Oysa *Ali Kıdık* kararı, sulh ceza hakimlikleri için bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Bu sebeple, 9. madde kapsamında yapılan taleplerin değerlendirilmesi ve bu taleplerin karara bağlanması sürecinde, ilk bakışta ihlal değerlendirmesinin yapılması son derece önem arz etmekteydi³³.

Sonuç olarak, sulh ceza hakimlikleri Anayasa Mahkemesi tarafından 26 Ekim 2017 tarihinde verilen *Ali Kıdık* kararını ve sonrasında verilen kararları hiçe saymaya devam etmiştir. Bu durum ise *Ali*

29 *Ali Kıdık*, para 85.

30 Bkz <https://ifade.org.tr/reports/IFOD_UPR_Tavsiyeler_2019.pdf> Erişim Tarihi 26 Mart 2024; Ayrıca bkz <https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2018.pdf> Erişim Tarihi 27 Mart 2024.

31 Bu konuda bkz <https://ifade.org.tr/reports/IFOD_UPR_Tavsiyeler_2019.pdf> Erişim Tarihi 26 Mart 2024.

32 Bkz <https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2018.pdf> Erişim Tarihi 27 Mart 2024.

33 Ayrıntılı bilgi için bkz <https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf> Erişim Tarihi 27 Mart 2024.

Kıdık kararının 9. maddeye ilişkin sorunları çözme konusundaki eksikliğini ortaya koymuştur. Öte yandan, 29 Temmuz 2020 tarihinde kabul edilen 7253 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'da birçok değişiklik yapılmış olmasına rağmen, söz konusu değişiklikler esnasında 9. maddedeki yapısal sorunlar görmezden gelinmiştir. İlk bakışta ihlal doktrini ise sorunları çözemediği gibi, yapısal sorunun bir parçası haline gelmiştir. Bu çerçevede, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ilk bakışta ihlal olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğünü öngörmemesi bakımından ele alındığında, bu maddenin maddi anlamda kanun niteliğine sahip olmadığı ve ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen nitelikte olmadığı açıktır. Bu durumda 9. maddenin, bir kanunda bulunması gereken belirlilik, öngörülebilirlik ve keyfi müdahalelere karşı güvence sağlama niteliklerine sahip olmadığı söylenebilir³⁴.

İşte Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine ilişkin eleştirilere kulak vererek, Genel Kurul nezdinde 27 Ekim 2021 tarihinde açıkladığı *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusuna ilişkin kararıyla 9. maddedeki yapısal sorunları belirleyerek pilot karar usulünün uygulanmasına karar vermiştir. Bu pilot karar, Anayasa Mahkemesi'nin *Ali Kıdık* kararının sulh ceza hakimlikleri tarafından keyfi bir şekilde uygulanmamasının tespiti ve ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne yapılan yoğun başvurular sonucunda alınmıştır³⁵. Pilot karara rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin gerek *Ali Kıdık* kararında gerekse *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararında belirttiği ilkelerin sulh ceza hakimlikleri tarafından ne ölçüde uygulandığı hususu ise aşağıda detaylıca tartışılacaktır.

B. KESKİN KALEM YAYINCILIK VE TİCARET A.Ş. VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

Anayasa Mahkemesi, *Ali Kıdık* kararında belirttiği ilk bakışta ihlal yaklaşımının sulh ceza hakimlikleri tarafından dikkate alınmamasının ardından yaklaşık dört yıl sonra, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusuyla ilgili kararında, 5651 sayılı Kanun'un kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. maddesinde yapısal sorunlar tespit edilmesi nedeniyle pilot karar uygulamasına geçerek dokuz başvuruyu birleştirmiştir³⁶. Mahkeme, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusuna ilişkin pilot kararında, Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Söz konusu başvuruya konu haberlerde adı geçen siyasetçiler, kamuoyu tarafından yakından tanınan kişiler ve kamu görevlileri, anılan haberlerde yer alan içerikler nedeniyle, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia ederek bu haberlerin erişime engellenmesini talep etmişlerdir. Bu talepleri alan sulh ceza hakimlikleri ise söz konusu URL adreslerine erişimi genel gerekçelerle, yani içeriklerin talep edenin şeref ve saygınlığını zedelediği ve kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu gerekçesiyle engellemiştir³⁷.

34 Detaylı tespitler için bkz <https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2020.pdf> Erişim Tarihi 27 Mart 2024.

35 Bkz <https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2021.pdf> Erişim Tarihi 27 Mart 2024.

36 Detaylı açıklamalar için bkz <https://ifade.org.tr/reports/UnutulmamaHakki_2021.pdf> Erişim Tarihi 27 Mart 2024.

37 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, para 114.

İlgili başvuru çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, ulusal çapta yayın yapan bir gazetenin internet sitesi ile çeşitli internet haber sitelerinde bulunan 129 habere erişimin engellenmesiyle ifade ve basın özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin gerçekleştiğini ve bu müdahalenin yasal dayanağının da 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi olduğunu belirtmiştir³⁸.

Esasen Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yönelik olarak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca, internet ortamında yer alan içeriğe erişimin engellenmesi şeklinde gerçekleştirilen müdahaleyi ilk kez *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında³⁹ ele almıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, erişimin engellenmesine ilişkin mahkeme kararlarının, müdahaleyi haklı kılacak gerekçeler içermemesi nedeniyle, demokratik toplum düzenine uygun olmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu ilk Genel Kurul kararını takiben diğer kararlarında da Kanun'un 9. maddesindeki usulün özel hayat ile kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması amacıyla öngörüldüğünü belirtmiş ve bu yaklaşımını tutarlı bir şekilde sürdürmüştür⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi, Kanun'un 9. maddesinde öngörülen erişimin engellemesi usulünün, çatışan haklar arasında denge kurmayı zorlaştırdığını göz önünde bulundurarak, bu usulün ifade özgürlüğü önünde oluşturabileceği olası tehlikeleri düşünmüş ve bu nedenle bu tür bir müdahalenin sadece kişilik haklarının açıkça ihlal edildiği durumlarla sınırlı olması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle, 9. maddenin ifade ve basın özgürlüklerinin özünü korurken aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını da koruyacak şekilde kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca ilk derece mahkemesi tarafından, kişinin şeref ve itibarına hukuka aykırı olarak yapıldığına karar verilen saldırının, çelişmeli bir yargılama yapılmaksızın, gecikmeksizin ve süratle ortadan kaldırılması ihtiyacının da mutlaka ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir⁴¹. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, ilkesel nitelikte bir karar niteliğine sahip *Ali Kızılcık* kararındaki yaklaşımını, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusuna ilişkin kararında da sürdürmüştür.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, *Miyase İlknur ve Diğerleri, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve IPS İletişim Vakfı* kararlarına atıf yaparak, çatışan haklar arasında denge kurulabilmesi için gerektiği ölçütleri somut olaya özgü olarak ele almıştır. Bu ölçütler arasında internet ortamında yer alan yayının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya sunduğu katkı, hedef alınan kişinin kimliği, içeriğin yayımlanma koşulları, kamuoyunu bilgilendirme değeri, toplumsal ilgi düzeyi, konunun güncelliği, internet ortamında yer alan yayında bulunan ifadelerin olgusal temele dayanıp dayanmadığı, yayında dile getirilen fikirlere yanıt verme imkanının varlığı ve yayının hedef aldığı kişilerin hayatı üzerindeki etkileri gibi unsurlar yer almaktadır. Nitekim bu ölçütleri somut olay bağlamında inceleyen Anayasa Mahkemesi, sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen erişimin

38 ibid para 91.

39 AYM, *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, Başvuru No: 2013/2623, 11.11.2015.

40 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, para 107; İlgili kararlar için bkz *Ali Kızılcık*, para 55-63; AYM, *Miyase İlknur ve Diğerleri*, Başvuru No: 2015/15242, 18.07.2018, para 32-35; AYM, *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş.*, Başvuru No: 2015/6313, 13.09.2018, para 25-28; AYM, *IPS İletişim Vakfı*, Başvuru No: 2015/14758, 30.10.2018, para 27-30.

41 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, para 109.

engellemesi kararlarına konu içeriklerin ilk bakışta ihlal doktrini kapsamında değerlendirilebilecek türden olmadığına hükmetmiştir⁴².

Dahası Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararlarında, şeref ve itibara hukuka aykırı olarak yapıldığı ileri sürülen müdahalenin çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle ortadan kaldırılması gerektiği ihtiyacının ortaya konulmadığını belirtmiş ve sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen kararlarda, çatışan haklar arasında adil bir denge sağlandığına dair bir tespitin de bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca gerekçeli kararların somut olayın koşullarından bağımsız ve genel ifadeler içermesi nedeniyle, şikayete konu internet yayınlarının kişilik haklarını ilk bakışta anlaşılabilir şekilde nasıl ihlal ettiğinin de tespit edilemediği ifade edilerek, sulh ceza hakimliklerinin 9. madde kapsamında verdiği kararlar eleştirilmiştir⁴³.

Bununla birlikte Mahkeme, sulh ceza hakimliklerinin erişimin engellenmesi kararlarına yapılan itirazların değerlendirilmesi sürecinde de benzer bir durumun gözlemlendiğini belirtmiştir. Şöyle ki, itiraz mercileri tarafından verilen kararlar genellikle, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlarda hukuka aykırılık bulunmadığı ve dolayısıyla itirazın reddedildiğine dair basit ifadeler içermektedir. Bu bağlamda, itiraz konusu erişimin engellenmesi kararlarının ilk bakışta ihlal doktrinine uygunluğu değerlendirilmemiş, başvurucuların dilekçe ve eklerinde ileri sürdüğü iddialar incelenmemiş ve itirazlar üzerinde detaylı bir değerlendirme yapılmamıştır⁴⁴.

Öte yandan, başvuruya konu haberlerin bir kısmı toplumsal konulara odaklanmakta ve toplumda farkındalık yaratma amacı taşımaktadır. Diğerleri ise siyasetçilerin faaliyetlerini ve açıklamalarını haberleştirmek suretiyle, vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırmakta veya kamu gücü kullanan kişi ve kurumların faaliyetlerini kamuoyu denetimine açma amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle, toplumu yakından ilgilendiren haberlerin basının haber verme görevi ve sorumluluğu içinde olduğu açıktır. Ancak sulh ceza hakimliklerinin kararlarında, basın bu görev ve sorumluluklara uygun davranmadığı veya gerçeği kötü niyetle çarpıttığına dair somut tespitlere rastlanmamıştır. Nitekim erişimin engellenmesi kararları ile ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, daha güçlü bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşı gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁵.

42 ibid para 110; Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen inceleme yöntemini kullandığı kararları için bkz AYM, *Kemal Gözler*, Başvuru No: 2014/5232, 19.04.2018; AYM, *Barış Yarkadaş*, Başvuru No: 2015/4821, 17.04.2019; AYM, *Kemalettin Bulamacı*, Başvuru No: 2016/14830, 04.07.2019; AYM, *Aykut Küçükkaya*, Başvuru No: 2014/15916, 09.01.2020; AYM, *Özgen Acar ve Diğerleri*, Başvuru No: 2015/15241, 31.10.2018; AYM, *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (3)*, B. No: 2015/16499, 03.07.2019.

43 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, para 115.

44 ibid para 116.

45 ibid para 117,119; Belirtmemiz gerekir ki, halkı doğrudan ilgilendiren olaylar ve özellikle politik konular ve kişilerle ilgili haberlerin, aradan geçen süreye rağmen yayımlanmasında önemli bir kamusal yarar ve arşiv değeri olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bkz <https://ifade.org.tr/reports/UnutulmamaHakki_2021.pdf> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2024; Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler ile İlgili Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 23.06.2020 tarihli ve 2020/481 sayılı kararı için bkz <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2024; Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına İlişkin Değerlendirmede Dikkate Alınacak Kriterler hakkında bkz <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/68f1fb19-5803-4ef8-8696-f938fb49a9d5.pdf>>

Bütün bu değerlendirmeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, şekli yönden kesin hükmün bütün sonuçlarını doğuran ve süresiz etki gösteren bir kuralın, keyfi ve orantısız müdahalelere karşı koruyucu tedbirler içermesi gerektiğine⁴⁶, fakat 9. maddedeki erişimin engellenmesi yolunun bu güvenceleri barındırmadığı⁴⁷ gibi, sıkı ve etkili bir denetim mekanizması da öngörmediğine⁴⁸, ayrıca 9. maddedeki kuralın kapsamı ve sınırlı belirsiz olduğundan, yargı organlarına oldukça geniş bir takdir yetkisi tanıdığına ve bu durumun erişimin engellenmesi kararlarına karşı yapılan itirazlardan sonuç alınmasını zorlaştırdığına⁴⁹ karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, kişilik haklarını korumaya yönelik olarak düzenlenen 9. maddedeki kuralın, sulh ceza hakimliklerine bu yetkinin nasıl kullanılacağı hususunda bir rehberlik sağlamadığını⁵⁰ ve ayrıca “*yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerinin yanında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı karar verilmesini sağlayacak güvenceleri de*” içermediğini ifade etmiştir⁵¹. Ayrıca söz konusu kuralın ifade ve basın özgürlüğünü koruma hususunda gerekli güvencelere sahip olmaması nedeniyle, ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır⁵².

Nitekim hem ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hem de yeni ihlallerin önlenmesi amacıyla, 9. madde hükmünün gözden geçirilmesi gerektiğine işaret edilerek, yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne (TBMM) bildirilmesine karar verilmiştir⁵³. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından, aynı konuda yapılan ve karardan sonra yapılacak başvuruların incelenmesinin kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl süreyle ertelenmesine karar verilmiştir⁵⁴. Bu süre 6 Ocak 2023 tarihinde sona ermiştir.

Belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesindeki düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi’nin 11 Ekim 2023 tarihli ve E. 2020/76, K. 2023/172 sayılı kararıyla iptaline kadar, sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen erişiminin engellenmesi kararlarında *Ali Kıdık ve Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararlarında belirtilen ilkeler uygulanmamıştır. Ayrıca TBMM de Anayasa Mahkemesi’nin kendisine verdiği bir yıllık süre dolmasına rağmen, 9. maddedeki yapısal sorunlar nedeniyle norm denetimi yapmaktan kaçınmıştır. Hatta 7418 sayılı Kanun⁵⁵ ile 5651 sayılı Kanun’da birçok değişiklik yapılmış olmasına rağmen, söz konusu değişiklikler sırasında Anayasa Mahkemesi’nin pilot kararında belirtilen yapısal sorunlar görmezden gelinmiştir⁵⁶.

Erişim Tarihi 3 Mayıs 2024.

46 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, para 121.

47 *ibid* para 124.

48 *ibid* para 125.

49 *ibid* para 129.

50 *ibid* para 131.

51 *ibid* para 132.

52 *ibid* para 133.

53 *ibid* para 159.

54 *ibid* para 160.

55 Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7418, Kabul Tarihi: 13.10.2022, RG 18.10.2022/31987.

56 Ateş Benek (n 3) 219.

Sonuç olarak, kişilik haklarının korunması amacıyla oluşturulan 9. maddenin, yayımlandıkları tarihte herhangi bir kişilik hakkı ihlaline neden olmayan haber ve içeriklerin basın arşivlerinden silinmesi amacıyla uygulandığını söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁷.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 11 EKİM 2023 TARİHLİ VE E.2020/76, K.2023/172 SAYILI İPTAL KARARI

A. GENEL OLARAK

Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan ve internet yayınları aracılığıyla kişilik haklarının ihlaline ilişkin içeriklere erişimin engellenmesi ve bu içeriklerin yayından çıkarılmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen kuralı, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Mahkeme, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı sorununa ilişkin incelemede, 9. maddedeki düzenlemenin internet üzerindeki yayın içeriklerinin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yoluyla ifade özgürlüğünü sınırladığına ve bu yayınların potansiyel olarak haber değeri taşıyabileceği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda basın özgürlüğünü de sınırladığına dikkat çekmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında söz konusu sınırlamanın kanun tarafından öngörülmesi, Anayasada belirtilen sınırlama sebeplerine dayanması, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygunluk şartlarını sağlaması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸.

Esasen Anayasa Mahkemesi'nin 11 Ekim 2023 tarihli ve E. 2020/76, K. 2023/172 sayılı kararı herhangi bir yenilik sunmamaktadır. Söz konusu karar, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararına dayanmaktadır. Şöyle ki, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararına atıf yapılmak suretiyle, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin şekli anlamda bir kanun ve erişilebilir olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmadığı belirtilerek ilgili kanun maddesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ölçütlerini karşılayıp karşılamadığı değerlendirilmiştir⁵⁹. Bu çerçevede, 5651 sayılı Kanun'un genel gerekçesi, amaç ve kapsama ilişkin 1. maddesi, internet ortamında yer alan yayınlara erişimin engellenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 8., 8/A, 9. ve 9/A maddeleri bir arada ele alındığında, 9. maddenin ifade özgürlüğüne getirdiği sınırlamanın hukuki güvenlik ve belirlilik ölçütleri bağlamında bazı tereddütlere neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁶⁰.

Yine *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararında ele alınan hususlar tekrarlanmak suretiyle, sulh ceza hakimliklerinin çelişmeli bir yargılama yapmadan, gecikilmeksizin ve süratle bertaraf edilme ihtiyacını ortaya koyamadan sonuca ulaştıkları ve ayrıca çatışan haklar arasında adil bir denge sağlama yaklaşımının belirlenemediği ifade edilmiştir. Öte yandan, gerekçeli kararların

57 Bkz <https://ifade.org.tr/reports/UnutulmamaHakki_2021.pdf> Erişim Tarihi 30 Mart 2023.

58 AYM, 11.10.2023, E 2020/ 76, K 2023/172, para 97-98.

59 ibid para 100.

60 ibid para 101.

genel ifadeler içerdiği ve kişilik haklarının nasıl ihlal edildiğinin anlaşılmadığı belirtilmiş ve bu durumun itiraz edilen sulh ceza hakimliği kararlarında da gözlemlendiği vurgulanmıştır⁶¹.

Bu bağlamda, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine ilişkin kapsam ve sınırların net olmamasının yargı makamlarına geniş bir takdir yetkisi sağladığı ve ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların incelenmesi neticesinde, 9. madde kapsamında verilen kararlara karşı yapılan itirazlardan sonuç almanın mümkün olmakla birlikte oldukça zor olduğu tespit edilmiştir⁶².

Nitekim dava ve itiraz konusu kuralların kişilik haklarına yapılan müdahalelere karşı internet içeriğinin kademeli bir şekilde sınırlandırılmasını sağlamadığı ve kuralların uygulanmasıyla belirli bir içeriğe erişimin belirli bir ülke sınırı içinden ulaşılmasına süresiz olarak engel olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Bu durum ise ifade ve basın özgürlüklerine ciddi bir müdahale olarak kabul edilmiştir. Kanun'un 9. maddesinde öngörülen bu usul, internet ortamındaki zararlı içeriklerle diğer yöntemlerle mücadele edilebildiği müddetçe başvurulmaması gereken bir yöntem olarak kabul edilmiştir. İşte bu nedenlerle, Kanun'un 9. maddesi, kamusal makamların keyfi davranışlarını engelleyebilecek ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı kararların verilmesini sağlayacak güvenceleri içermediğinden, Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁶³. 9. maddeye ilişkin bu iptal hükmünün ise kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra, yani 10 Ekim 2024 tarihinde yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür⁶⁴.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine yönelik olarak verdiği iptal kararı yerinde bir karar olmasına rağmen, zamanlama açısından gecikmiş bir karardır. Öte yandan, kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. madde hükmü 10 Ekim 2024 tarihine kadar yürürlükte kalacak ve bu tarihe kadar uygulanmaya devam edecektir. Bir diğer ifadeyle, iptal kararının 10 Ekim 2024 tarihinde yürürlüğe girecek olması nedeniyle, belirtilen tarihe kadar sulh ceza hakimlikleri kişilik haklarının ihlali gerekçesiyle, erişimin engellenmesi kararları vermeye devam edecektir. Ancak TBMM, 9. madde hükmünün yürürlükten kalktığı, yani iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar ilgili konuda pek tabii yasal düzenleme yapabilecektir.

B. GÖRÜŞ VE ÖNERİLERİMİZ

Öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararlarında da yer verildiği üzere, bugüne kadar çeşitli sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarında, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında belirlenen prensiplerin takip edilmediği ve dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen erişimin engellenmesi usulünün, kişilik haklarının ihlal edildiğinin yalnızca ilk bakışta anlaşılabilen durumlarla sınırlı olarak uygulanmadığı sonucuna varılmıştır⁶⁵.

61 ibid para 104.

62 ibid para 105.

63 ibid para 106-107.

64 ibid para 113.

65 Bkz Ateş Benek (n 3) 217.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. madde kapsamında verdiği ilkesel kararlarının incelendiği bu çalışmada *Ali Kıdık ve Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurularına yer verilmiş ise de erişimin engellenmesi yoluyla ifade ve basın özgürlüklerine müdahale, ilk kez söz konusu kararlar neticesinde tespit edilmemiştir. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Kasım 2015 tarihli *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında, herhangi bir gerekçe olmaksızın kamuoyunu yakından ilgilendiren görüşlerin yayılmasının engellenmesinin sansür anlamına geldiği değerlendirilmesinde bulunulmuştur⁶⁶.

Belirtelim ki, kamu yararı taşıyan, gerçek ve güncel bir haber içeriğinin yayından çıkarılmasına ya da erişime engellenmesine karar verilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı üzere, ifade ve basın özgürlüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Bireylerin gerek haber ve bilgiye gerekse başkalarına ait düşüncelere serbestçe ulaşabilmeleri ve sahip oldukları düşünceler nedeniyle kınanamamaları anlamına gelen ifade özgürlüğü, düşüncenin farklı araçlarla topluma aktarılmasını ve dolayısıyla yayılmasını güvence altına alır⁶⁷. Basın özgürlüğünü de içine alan ifade özgürlüğü, farklı düşünce ve kanaatlerin hoş görülmesi ve bu yolla demokratik tartışma ortamının oluşması bakımından son derece önemlidir⁶⁸.

Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi içtihatlarında da sıkça vurgulandığı üzere, ifade özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biri olarak kabul edilmektedir⁶⁹. AİHM'in internet ortamında yer alan içeriklere erişimin engellenmesine ilişkin olarak verdiği *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararında da internetin ifade özgürlüğünü genişleten yeni bir platform olarak kabul edildiği ve bu dijital ortamın bilgiyi edinme, aktarma ve yayma amacıyla kullanılan bir iletişim aracı olarak tanımlandığı görülmektedir⁷⁰.

Bu çerçevede, ifade özgürlüğü bağlamında geniş bir alan yaratan internet, erişilebilirlik, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile büyük hacimli haber ve fikirlerin iletilmesi olasılığı göz önünde bulundurulduğunda hem bilgi edinme hem de bilginin iletilmesi sürecinde önemli bir rol oynamaktadır. Zira herhangi bir kısıtlama olmaksızın toplumdaki herkesin habere ve düşünceye erişmesini ve kendi fikirlerini yaymasını sağlayarak önemli bir imkan sunmaktadır⁷¹. Ancak internet ortamında yer alan bir içeriğe erişimin engellenmesi halinde ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusu olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, internet ortamındaki ifade özgürlüğüne gereksiz

66 *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, para 53.

67 Bu yöndeki kararlar için bkz AYM, *Emin Aydın*, Başvuru No: 2013/2602, 23.01.2014, para 40; *Yaman Akdeniz ve Diğerleri*, para 33.

68 İfade özgürlüğünün kapsamı hakkında bkz Murat Tumay, 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu' (2019) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 122 vd; Levent Ersin Orallı, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğü ve Sınırları' (2022) Tesam Akademi Dergisi 543-545.

69 Bkz *Handyside v Birleşik Krallık*, para 49.

70 Bkz AİHM, *Ahmet Yıldırım v Türkiye*, Başvuru No: 3111/10, 18.12.2012, para 50.

71 *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, para 34; İfade özgürlüğünün önemi hususunda ayrıca bkz AİHM, *Times Newspapers Limited (No 1 ve 2) v Birleşik Krallık*, Başvuru No: 3002/03 ve 23676/03, 10.03.2009, para 27; AYM, *Wikimedia Foundation Inc. ve Diğerleri* (GK), Başvuru No: 2017/22355, 26.12.2019.

engeller getirilerek toplumun tartışması veya eleştirmesi gereken konuların bastırılması, temel hakların ciddi biçimde zarar görmesine neden olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarındaki tespit ve değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, sulh ceza hakimlikleri tarafından internet ortamında yer alan içeriğin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu gerekçesiyle verilen erişimin engellenmesi kararlarında, kişilik haklarının ihlaline ilişkin yeterli açıklama ve gerekçeye yer verilmemektedir. Bu nedenle, müdahalenin haklılığı ortaya konulamamaktadır. *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında da vurgulandığı üzere, kamuoyunu yakından ilgilendiren ve kamu yararı bulunan haber ve içeriklerin gerekçelendirilmeksizin ortadan kaldırılması açıkça sansür olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla kişilik haklarının ihlali gerekçesiyle bir görüşün yayılması ihtimalinin ortadan kaldırılması, Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğundan, söz konusu müdahalenin başkalarının şöhret ve haklarının korunması açısından demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olarak kabul edilmesi zorunludur⁷².

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği üzere, bir haber veya yazının toplumu bilgilendirme değeri ne kadar yüksekse, söz konusu içeriğin gerçeklere dayalı bir tartışmaya sağladığı katkı göz önünde bulundurulurken bu içeriğin yayımlanmasına boyun eğilmelidir. Ancak ilgili içeriğin bilgilendirme değerinin düşük olması ihtimalinde, kişinin kendi çıkarlarının korunmasına daha fazla önem verilebilecektir⁷³.

Kimi durumlarda, internet ortamında yer alan içerikler aracılığıyla kişiler sert bir dille, hatta abartıya kaçılarak eleştirilebilir. Ancak kişilerin özel hayatına müdahale etmeyen, aşağılayıcı olmayan ve kişisel saldırı düzeyine ulaşmayan bu içerikler, yalnızca agresif bir üslup kullanıldığı gerekçesiyle erişime engellenmemelidir. Çünkü ifade özgürlüğü, içeriğin yanı sıra, düşünce ve kanaatlerin iletilme yöntemlerini de koruma altına almaktadır⁷⁴.

Bununla birlikte, halkın toplum tarafından tanınan kişilere dair bilgi alma hakkı da göz önünde bulundurulduğunda, bu kişilerin basın tarafından takip edileceği, haklarında haberlerin yapılacağı ve yoğun eleştirilere maruz kalabilecekleri beklentisine sahip olmaları gerekir. Bu bağlamda, demokratik çoğulculuk gözetilerek bu kişilerin haklarında çıkan haberlere hoşgörülle yaklaşması beklenmelidir⁷⁵.

Demokratik bir toplumda ifade ve basın özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra, internet özgürlüğünün de önemi göz önüne alındığında, kamu makamları ve mahkemeler, internete ilişkin kararlarında son derece dikkatli olmalıdır. İnternet ortamında yapılan bir yayın hakkında erişimin

72 *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, para 53.

73 Bkz *İlhan Cihaner (2)*, para 74; AYM, *Kadir Sağdıç*, Başvuru No: 2013/6617, 08.04.2015, para 67; *Ali Kızılcık*, para 75.

74 Bkz *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, para 41-42; *Ergün Poyraz (2)*, para 77; *İlhan Cihaner (2)*, para 59, 86; *Kadir Sağdıç*, para 52, 76.

75 *Ali Kızılcık*, para 79.

engellenmesine yönelik bir karar, en son çare olarak düşünülmelidir. Örneğin zararlı içeriklerle mücadele etmek için alternatif yöntemler bulunuyorsa, öncelikle bu yöntemlere başvurulmalıdır.

Bilindiği üzere, internet aracılığıyla kişilik haklarına müdahale edildiğinde, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kişilik haklarının korunmasına ilişkin bir yol olarak devreye girer. Ancak 9. maddede düzenlenen bu usul, çekişmesiz bir yargı yolu olması nedeniyle, yargılama hukukuna ilişkin güvenceleri barındırmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da sıklıkla tekrarlandığı üzere, sulh ceza hakimleri yirmi dört saat gibi oldukça kısa bir süre içinde, duruşma düzenlemeden, karşı tarafı dinlemeden ve yalnızca talepte bulunan sunduğu bilgi ve belgelere dayanarak dosya üzerinden bir karar verdiğinden, bu istisnai yol çatışan haklar arasında dengeleme yapmanın zorlaştığı bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, erişimin engellenmesi kararının verilebilmesi için hukuka aykırılığın ve kişilik haklarının ihlalinin başka bir araştırmaya gerek duymayacak şekilde ilk bakışta anlaşılması ve ayrıca kişilerin şeref ve itibarına verilen zararın hızla giderilmesinin zorunlu olması gerekir.

Ne var ki ilk derece mahkemelerinin 9. madde kapsamında verdikleri erişimin engellenmesi kararlarında, internet ortamında yer alan haber veya içeriklerin kişilik haklarına yönelik oluşturduğu müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmaksızın ve gecikilmeksizin ortadan kaldırılması ihtiyacı yeterli gerekçelerle ortaya konulamamaktadır. Bir diğer ifadeyle, ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahale, Anayasa Mahkemesi tarafından oluşturulan kriterlerle gerekçelendirilememektedir. Benzer şekilde, erişimin engellenmesi kararına konu itiraz incelemelerinde itirazların esasına ilişkin yeterli değerlendirme ve inceleme yapılmadığı gibi, erişimin engellenmesi tedbirinin gerekli ve orantılı bir müdahale olup olmadığı hususu üzerinde de durulmamaktadır.

Öte yandan, internet yoluyla kişilik haklarına müdahale nedeniyle verilen erişimin engellenmesi kararlarının ardından bir ceza soruşturması ve kovuşturması açılmadığı takdirde, internet yayınlarına yönelik tedbir niteliğindeki bu kısıtlama kararının etkisi belirsiz bir süre devam etmektedir. Bu durum ise müdahalenin ölçülü bir sınırlama şeklinde olmadığını ortaya koymaktadır.

5651 sayılı Kanun'un iptal edilen 9. maddesinin ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine yönelik tespitlere dönecek olursak, 9. maddede öngörülen erişimin engellenmesi usulü, kendine özgü ve bağımsız bir yargılama sürecini oluşturmaktadır. Şöyle ki, bu maddeye dayanarak internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler, söz konusu içerikle ilgili ceza veya hukuk yargılamasına başvurma zorunluluğu altında değildir. İşte bu nedenle, Kanun'un iptal edilen 9. maddesinde düzenlenmiş olan bu özerk usulün ceza veya hukuk yargılamasıyla bağlantılı hale getirilmesi düşünülebilir. Ancak kamu makamlarına, erişimin engellenmesi kararı verildikten sonra soruşturma başlatmaları yönünde bir yükümlülük getirilmesi de uygun bir yöntem olmayacaktır.

İkinci olarak, 9. maddedeki usul ceza veya hukuk yargılamasıyla bağlı hale getirilmeksizin bağımsız bir usul olarak korunacaksa, karşı tarafa, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişinin bu iddialarına karşı delil sunması ve kendisini savunması için makul bir süre verilmelidir. Ayrıca sulh ceza hakimliklerine de gerekçeli kararları somut olayla bağlantılı ve müdahalenin haklılığını

ortaya koyacak şekilde hazırlayabilmeleri için yeterli süre sağlanmalıdır. Bu bağlamda, müdahalenin yasallığı ve demokratik bir toplumdaki gerekliliği de mutlaka gerekçelendirilmelidir.

Bundan başka, yine sulh ceza hakimliğine duruşma açma yetkisi verilerek erişimin engellenmesi tedbirinin gerekli ve orantılı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapma yetkisiyle donatılmaları gerekmektedir. Böylece hakim, somut olayla bağlantı kurarak ve her iki tarafın sunduğu delil ve görüşleri inceleyerek çatışan haklara yönelik adil bir değerlendirme yapabilecektir. Aksi takdirde, verilen kararlar internet ortamındaki ifade özgürlüğünü koruyacak güvenceleri içermeyecektir.

Üçüncü bir yol olarak ise *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusunda tavsiye edildiği üzere, erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmesi halinde, çelişmeli yargılamanın itiraz merci tarafından yapılması tercih edilebilir. Bu ihtimalde, ilk derece mahkemesi tarafından verilen erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmemesi halinde karar kesinleşecektir. Ancak erişimin engellenmesi şeklindeki müdahaleden etkilenen tarafların bu karara itirazı halinde, itiraz merci çelişmeli yargılama sunma yükümlülüğü altında olacaktır. Ayrıca itiraz merci, ilk derece mahkemesinin kararındaki eksiklikleri gidermekle görevlendirilecektir. Bu durumda uyuşmazlığın esasına ilişkin bir kararın ilk kez verilecek olması nedeniyle, itiraz merci tarafından verilecek kararların istinaf ve/veya temyiz denetimine tabi tutulması gerekebilir. Öyle ki, demokratik bir toplumda ifade ve basın özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların etkili bir denetimden geçirilmesi, hak ihlallerinin önlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır⁷⁶.

Nihayet yukarıdaki tespit ve değerlendirmeler ışığında, 5651 sayılı Kanun'un kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulü daha net ve anlaşılır bir hale getirilmelidir. Bir diğer ifadeyle, 9. maddedeki düzenlemenin öngörülebilirliği konusundaki eksiklikler giderilmelidir. Bu bağlamda, 9. maddenin kişilik haklarının korunmasına yönelik sunduğu korumanın sınırları belirlenmeli ve erişimin engellenmesi usulüne hangi durumlarda başvurulacağına ilişkin kriterler geliştirilmelidir. Böylece erişimin engellenmesi kararlarının keyfi olarak verilmesinin önüne geçilerek temel hak ve özgürlüklerin korunması anlamında önemli bir adım atılmış olacaktır.

IV. YASAMA ORGANININ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA İLİŞKİN TUTUMU

Son zamanlarda yasama organının Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin tutumu önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların yasama organı tarafından uygulanıp uygulanmadığı ya da ne ölçüde uygulandığı hususu gerek hukukun üstünlüğü gerekse demokratik ilkeler açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu alt başlık altında da yasama organının Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin tutumu ve bu tutumun uygulamadaki yansımaları çeşitli örneklerle ele alınacaktır.

76 Bkz *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, para 137.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kadının soyadına ilişkin kararına değinecek olursak, Mahkeme 22 Şubat 2023 tarihli ve E. 2022/155, K. 2023/38 sayılı kararıyla⁷⁷ Türk Medeni Kanunu'nun "*Kadının soyadı*" başlıklı 187. maddesindeki kuralı, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Zira kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da tek başına kullanmasına izin vermeyen bu kuralın, kadın ve erkek arasında farklı bir muamele öngörmesi nedeniyle, eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Bu iptal hükmünün ise kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 28 Nisan 2023 tarihinden başlayarak dokuz ay sonra, yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür. Ne var ki dokuz aylık süre dolmasına rağmen, kadının soyadı konusunda yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

Hemen belirtelim ki, yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin kadının soyadına ilişkin kararını dikkate alarak uygun bir düzenleme yapmalıdır. Bir diğer ifadeyle, iptal edilen madde aynı şekilde kanunlaştırılmamalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu kararı çerçevesinde yapılacak yeni düzenlemede, kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da tek başına kullanabilme hakkı mutlaka güvence altına alınmalıdır. Böylece hem hukukun üstünlüğü hem de toplumda cinsiyet eşitliği yönünden önemli bir adım atılmış olacaktır.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 26 Ekim 2023 tarihli ve E. 2023/132, K. 2023/183 sayılı iptal kararı⁷⁸ da yasama organının Anayasa Mahkemesi kararını ne ölçüde uyguladığı hususunda önemli bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin 6. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır.*" şeklindeki kuralın belirli ve öngörülebilir nitelikte olmaması nedeniyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesine (AY m. 38) aykırı olduğuna⁷⁹ ve iptaline karar vermiştir⁸⁰. Bu iptal hükmünün ise kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortaya çıkan boşluk ise 2 Mart 2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle giderilmiştir. Buna göre, TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasının birinci cümlesi "*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Belirtmeliyiz ki, yasama organı tarafından ya hükmün tamamen iptal edilmesi ya da Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kapsamında verdiği iptal kararında belirtilen gerekçeler dikkate alınarak yeni bir düzenleme yapılması gerekirken maalesef bu hususlar dikkate alınmamıştır. Bunun yerine, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunun ceza miktarıyla ilgili bir değişiklik yapılarak cezanın artırılması yoluna gidilmiştir. Açıkça görüldüğü gibi, iptal kararındaki gerekçeler göz ardı edilerek aynı fiil nedeniyle iki farklı ceza verilmeye devam edilmesi bu karara uyum sağlanmadığını açıkça ortaya koymuştur.

77 RG 28.04.2023/32174.

78 RG 08.12.2023/32393.

79 TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasının kanunilik ilkeleriyle bağdaşmadığına ilişkin olarak bkz AYM, *Hamit Yakut* (GK), Başvuru No: 2014/6548, 10.06.2021; AİHM, *Işıkırık v Türkiye*, Başvuru No: 41226/09, 14.11.2017.

80 TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasının 1. cümlesinin iptali nedeniyle, aynı fıkranın ikinci ve üçüncü cümlelerinin uygulanma imkânı kalmadığından, Anayasa Mahkemesi bu cümlelerin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 4. fıkrası gereğince iptaline karar vermiştir.

V. SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin 5651 sayılı Kanun'un kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. madde kapsamında verdiği *Ali Kıdık ve Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusuna ilişkin ilkesel kararlarda, 9. maddede öngörülen kuralın ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Bu kararların ardından 9. maddedeki yapısal sorunların giderilmemesi nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Ekim 2023 tarihli ve E. 2020/76, K. 2023/172 sayılı kararıyla 9. madde hükmünün iptaline karar verilmiştir. Dolayısıyla bu iptal kararı, yasama organını ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasında denge sağlayan daha etkili bir düzenleme yapmaya teşvik etmektedir.

Konuya ilişkin yapılacak yeni düzenlemede, dijital çağın getirdiği zorluklar karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik etkili adımlar atılmalıdır. Bu bağlamda hem ifade özgürlüğünü güvence altına alacak hem de bireylerin kişilik haklarını koruyacak şekilde hukuki düzenlemelerin yapılması ve ifade özgürlüğü ile kişilik haklarını dengeleyen mekanizmaların oluşturulması son derece önemlidir. Bir diğer ifadeyle, ifade ve basın özgürlükleri korunurken bireyin kişilik haklarının da dikkate alınması gerekmektedir. İşte çatışan haklar arasındaki bu kritik dengenin sağlanması halinde, ifade ve basın özgürlüğü ile kişilik hakları uyumlu bir şekilde var olabilecektir.

Bu çerçevede, 5651 sayılı Kanun'un iptal edilen 9. maddesine ilişkin önerileri özetlemek gerekirse, 9. maddede düzenlenmiş olan usulün ceza veya hukuk yargılamasıyla bağlantılı hale getirilmesi (ancak kamu makamlarına, erişimin engellenmesi kararı verildikten sonra soruşturma başlatmaları yönünde bir yükümlülük getirilmesi uygun bir yöntem olmayacaktır); 9. maddedeki bu usul, ceza veya hukuk yargılamasıyla bağlı hale getirilmeksizin bağımsız bir usul olarak korunacaksa, karşı tarafa delil sunma ve savunma için makul süre verilmesi, sulh ceza hakimliklerine ise gerekçeli kararın hazırlanması için yeterli süre tanınması ve ayrıca duruşma açma yetkisi verilmesi, ifade ve basın özgürlüğünün korunmasına yönelik etkili bir denetim sağlanmasına katkıda bulunacaktır. Son olarak ise erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmesi halinde, itiraz merci tarafından çelişmeli yargılama yapılarak karardaki eksikliklerin giderilmesi ve bu kararın da istinaf ve/veya temyiz denetimine tabi tutulması düşünülebilir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, kişilik haklarının korunması amacıyla yapılacak yeni düzenlemede, internetin özgür yapısını göz önünde bulunduran, katı olmayan ve çeşitliliği destekleyen bir yaklaşımla hareket edilmelidir. Bu çerçevede, erişim yasaklarının birer sansür aracı haline gelmesi engellenerek bahse konu yasakların demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı titizlikle değerlendirilmelidir. Ancak bu hususlara değer tanınması halinde, internet ortamında ifade özgürlüğü korunacak ve böylece bireylerin düşüncelerini özgürce ifade edebildiği bir diyalog ortamı oluşacaktır.

Nihayet bu süreçte, Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen gerekçelerin dikkate alınması da büyük bir önem taşımaktadır. Bu kararlar, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasında sağlıklı bir denge kurulması gerekliliğini vurgulamakta ve iptaline karar verilen hükmün bu dengeyi sağlayamadığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle, yasama organı tarafından Anayasa Mahkemesi'nin 5651 sayılı Kanun'un kişilik haklarının ihlaline ilişkin 9. madde kapsamında verdiği kararlara uygun şekilde hareket edilerek hukuki açıdan sağlam bir zemine oturan düzenlemeler yapılması önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkurt SS, '17.06.2015 Tarih, E 2014/4-56, K 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde 'Unutulma Hakkı' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Zeki Hafizoğullarına Armağan) 2605-2635.
- Altunkaş A, *Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlar ve Hukuka Uygunluk Nedenleri* (Yetkin 2022).
- Ateş Benek N, *İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu ve Tedbirler Bağlamında Sosyal Ağların Denetimi* (On İki Levha 2023).
- Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (11. Baskı, Adalet 2023).
- Baykan M, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü* (Adalet 2011).
- Çınar İ, '5651 sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi' (2021) 8 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63-95.
- Demez İ, 'Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğin Yayından Çıkarılmasında Görev ve Yetki Sorunu' (2021) 3 (2) Bilişim Hukuku Dergisi 338-429.
- Duysak Fidan S ve Yıldız A, 'Tazminat Hukukunda İfade Özgürlüğü ile Özel Hayatın Gizliliği Arasında Adil Denge' *İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler Uluslararası Kapamış Sempozyumu'na Katkı Kitabı* (Matus, 2017) 145-164.
- Dülger MV ve Oğlakçoğlu MT, 'Alman Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanuna Dair Değerlendirme' (2018) (37) Ceza Hukuku Dergisi 87-109.
- Esandal N, *Basın Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali* (Seçkin 2018).
- Gözler K, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi' (2014) 1 (Özel Sayı) (Rona Aybay'a Armağan) Legal Hukuk Dergisi 1059-1120.
- Hafizoğulları Z, 'İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması' (1997) 46 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-40.
- Hatemi H, *Kişiler Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2021).
- Memiş T, 'Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2009) 13 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 161-176.
- Orallı LE, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğü ve Sınırları' (2022) Tesam Akademi Dergisi 537-570.
- Öztan B, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler* (11. Bası, Yetkin 2021).
- Öztekin A, *Teori ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku* (Seçkin 2021).
- Sözüer E, *Unutulma Hakkı-İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme* (On İki Levha 2017).
- Tanju E, *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü* (2. Baskı, Seçkin 2017).
- Tumay M, 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu' (2019) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-130.
- Usta O, *Kişilik Hakkı Bağlamında Unutulma Hakkı* (Adalet 2023).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Kamu Görevlisi Bilgi Uçuranların Korunmasına İlişkin Çerçevenin Yeniden Değerlendirilmesi*

Reassessing the Framework for the Protection of Civil Servant Whistleblowers in the European Court of Human Rights

Dimitrios KAGIAROS**^{ID}, Çeviren: Barış ACUN***^{ID}

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme), kamu görevlisi bilgi uçuranları^{1ç.n.+} Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin koruma alanına dâhil etmiştir. Makale, Mahkemenin bu tür davalardaki ölçülülük yaklaşımını yeniden gözden geçirmesi gerektiğini savunmaktadır. Bir kamu görevlisi bilgi uçuranın ifade özgürlüğünün^{2ç.n.+} kısıtlanmasının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirlerken Mahkeme, bilgi uçuranların kamu görevlisi olarak sahip oldukları yükümlülük ve sorumluluklarına karşı onların makalenin yarı kamusal gözlemci^{3ç.n.+} olarak tanımladığı işlevini (başka bir ifadeyle kamuyu ilgilendiren konularda bilgi vermedeki rollerini) tartmaktadır. Bazı durumlarda Mahkeme, bilgi uçuranların kamu kurumlarının hesap verebilirliğine yaptığı katkıdan ziyade onların hükümete olan sadakat yükümlülüğüne öncelik vermektedir. Makale, Mahkemenin bilgi uçurmayı bir ifade^{4ç.n.+} olarak tanımasının temelini oluşturan esaslı sebebi başka bir ifadeyle bilgi uçuranın açığa vurduğu bilginin edinilmesindeki kitlenin^{5ç.n.+} menfaatini yeterince dikkate almadığı için bu yaklaşıma itiraz etmektedir. Makale, Mahkemenin bilgi uçuranların gözlemci işlevine öncelik vermesi gerektiğini savunmaktadır. Makale, AİHM'in bilgi uçurma davalarında ölçülülüğe ilişkin daha ilkeli bir yaklaşımı nasıl benimseyebileceğine dair önerilerde bulunarak sona ermektedir.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, AİHS m. 10, bilgi uçuranlar, kamu yararına açığa vurma^{6ç.n.+}, ölçülülük.

1 (Çevirenin Notu) Whistleblowing ve whistleblower sözcüklerinin üzerinde anlaşılmiş Türkçe bir karşılığı yoktur. Ancak olumsuz bir anlam içermemesi sebebiyle bu çalışmada whistleblowing için bilgi uçurma, whistleblower için de bilgi uçuran sözcükleri kullanılmıştır.

2 ç.n.+“Free speech” ve “freedom of speech”, ifade özgürlüğü olarak çevrilmiştir.

3 ç.n.+“Watchdog” sözcüğü işi şirketlerin yasa dışı bir şey yapıp yapmadığını veya insanların haklarını göz ardı etmediğini kontrol etmek olan bir kişi veya kişi topluluğu olarak tanımlanmaktadır. Sözcük aynı zamanda bekçi köpeği anlamına da gelir. Makalede kullanılan “watchdog” sözcüğü gözlemci, “quasi-public watchdog” sözcüğü ise yarı kamusal gözlemci olarak çevrilmiştir.

4 ç.n.+“speech” sözcüğü ifade olarak çevrilmiştir.

5 ç.n.+“audience” sözcüğü benzer bir şeyi izleyen, okuyan veya dinleyen belirli bir grup insanı ifade eder. İzlemek, okumak veya dinlemek fiillerinin tamamını içerecek biçimde “belirli bir grup insanı” betimleyebilmek amacıyla metinde “kitle” sözcüğü tercih edilmiştir. Buradaki kitle sözcüğü, belirli işleviyle özellik göstermesi bakımından belirli insan topluluğuna işaret etmektedir.

6 ç.n.+disclose fiilinden türeyen “disclosure” sözcüğü için ifşa vb. Türkçe karşılıklar kullanmak mümkündür. Ancak tıpkı “whistleblowing” ve “whistleblower” sözcüklerinde olduğu gibi burada da olumsuz bir anlam içermemesi sebebiyle “disclosure” sözcüğü açığa vurma olarak çevrilmiştir. Ayrıca makalenin devamındaki “duty of loyalty” sözcüğü sadakat yükümlülüğü, “duty of discretion” özen yükümlülüğü, “duty of moderation” sözcüğü ise itidal yükümlülüğü olarak çevrilmiştir.

* Dimitrios Kagiarnos, ‘Reassessing the framework for the protection of civil servant whistleblowers in the European Court of Human Rights’ (2021) 39(3) Netherlands Quarterly of Human Rights 220-240. Makaleye ayrıca <https://doi.org/10.1177/09240519211044955> linkinden ulaşabilirsiniz. Bu çalışmanın Türkçeye çevrilmesi ve yayımlanması konusunda yazar ve dergi editörlüğünden gerekli izinler alınmıştır.

** Sorumlu Yazar: Dimitrios Kagiarnos (Dr), Durham Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku alanında öğretim üyesi, Durham, Birleşik Krallık, E-posta: dimitrios.kagiarnos@durham.ac.uk ORCID: 0000-0001-7651-3513.

*** Barış Acun (Arş. Gör), Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD, Bartın, Türkiye, E-posta: barisacun@bartin.edu.tr ORCID: 0000-0002-9481-1618. Son derece güncel ve faydalı bu eseri Türkçeye çevirme fırsatını bana verdiği için Dr. Dimitrios Kagiarnos’a teşekkür ederim.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Dimitrios KAGIAROS

E-posta/E-mail: dimitrios.kagiarnos@durham.ac.uk

Geliş Tarihi/Received: 01.03.2024 **Kabul Tarihi/Accepted:** 20.04.2024

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECtHR or Court) has included civil servant whistleblowers in the protective ambit of Article 10 of the European Convention on Human Rights. The article argues that the Court should revisit its approach to proportionality in such cases. When determining whether a restriction to a civil servant whistleblower's free speech was necessary in a democratic society, the Court weighs what the article identifies as the quasi-public watchdog function of whistleblowers (namely their role in imparting information on matters of public concern) against their duties and responsibilities as civil servants. In some instances, the Court gives primacy to whistleblowers' duties of loyalty to the government over their contribution to the accountability of public bodies. The article challenges this approach on the basis that it fails to adequately consider the key justification that underpins the Court's recognition of whistleblowing as speech, namely the audience interest in receiving the information the whistleblower discloses. The article argues that the Court should give primacy to the watchdog function of whistleblowers. It concludes by making suggestions on how the ECtHR can adopt a more principled approach to proportionality in whistleblowing cases.

Keywords: Freedom of expression, Article 10 ECHR, whistleblowers, public interest disclosures, proportionality

I. GİRİŞ

Bilgi uçurma giderek artan bir biçimde yolsuzluğa karşı gerekli bir koruma ve iyi yönetişimin önemli bir bileşeni olarak anlaşılmaktadır.¹ Hem Avrupa Birliği (AB) hem de Avrupa Konseyi (AK), “her açık ve şeffaf demokraside bilgi uçuranların önemli bir rol oynadığı” gerçeğini kabul ederek, ilgili Üye Devletleri sağlam bir bilgi uçurmayı koruma çerçevesi² benimsemeye teşvik etmiştir.³ AK için, yerel düzeyde bilgi uçuranları misillemeden koruyan etkili güvencelerin varlığı “gerçek bir demokrasi göstergesi” teşkil eder.⁴ Bilgi uçuranların korunması da bir temel haklar meselesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) kamu yararına olan bilgileri açığa vurdukları için bilgi uçuranlara karşı istihdamla ilgili yaptırımların veya cezai kovuşturmaların⁵ ifade özgürlüğünü ihlal edebileceğine karar vermiştir.⁶ Bu nedenle bilgi uçurma, Sözleşme'nin ifade özgürlüğü hükmü olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS veya Sözleşme) 10. maddesi kapsamında koruma altına alınan bir ifade biçimi olarak görülmektedir.⁷ Buna göre, AİHS'in 10. maddesinin nitelikli doğası

1 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi bilgi uçuran terimini, iyi niyetle, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir suç veya kabahati, bir hukuka aykırılığı veya kamu yararına karşı bir tehdit veya zararı raporlayan veya açıklayan her birey ve tüzel kişiyi kapsayan biçimde geniş olarak tanımlanmasını önermektedir. Bkz. Council of Europe Parliamentary Assembly Resolution 2300: Improving the protection of whistle-blowers all over Europe (1 Ekim 2019) para 5.

2 Bkz. Council of Europe Parliamentary Assembly (n 1) and Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law (2019) OJ L305/17.

3 Council of Europe Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Report by Rapporteur Sylvain Waserman of 16 Mart 2018. Bilgi uçuranların daha geniş anlamda şeffaflığa katkısı hakkında bir tartışma için ayrıca bkz. Inger Høedt-Rasmussen and Dirk Voorhoof, ‘Whistleblowing for Sustainable Democracy’ (2018) 36 Netherlands Quarterly of Human Rights 3.

4 Council of Europe Parliamentary Assembly (n 1) para 1.

5 Bilgi uçuranların karşılaştığı misillemeye ilişkin genel bir bakış için Fred Alford, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power* (Cornell University Press 2001).

6 Bkz. Guja v Moldova App no 14277/04 (ECHR, 12 February 2008).

7 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) Article 10.

gereği, bir bilgi uçurmanın örgütsel yasa dışı davranışa dikkat çekmek için maruz kaldığı herhangi bir zararın, Sözleşme'ye uygun olması için ölçülülük testini karşılaması zorunludur.

Mahkemenin kamu görevlisi bilgi uçuranlarla ilgili davalarda ölçülülük testini yürütme biçimi bu makalenin odak noktasıdır. Mahkeme, çoğu durumda kamu görevlilerinin, hükümetin yaptığı usulsüzlükler hakkında hayati bilgiler paylaşarak kamu yararına hareket etmek için en iyi konumda olduklarını kabul etmektedir.⁸ Ancak Mahkeme, Devlet gizliliğinin korunmasındaki menfaati⁹ ve kamu görevlilerinin dönemin demokratik olarak seçilmiş hükümetine “yardımcı olması ve onu engellememesi”¹⁰ gerektiği gerçeğini de kabul etmektedir. Kamu görevlileri kurumlarına yüksek sadakat, özen ve itidal yükümlülükleriyle bağlıdır.¹¹ Ölçülülük analizinin son aşamasında¹² Mahkeme, bilgi uçurmanın ifadesine getirilen kısıtlamanın AİHS'in 10. maddesinin ihlali anlamına gelip gelmeyeceğini değerlendirmek için birbiriyle yarışan bu mülahazaları değerlendirir. Daha spesifik olarak, müdahalenin meşru amacı fark etmeksizin müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirlerken Mahkeme, aşağıdaki altı kriteri referans alarak sonuca varır:

1. Bilgi uçurmanın bilgileri basına açıklamadan önce yapılan usulsüzlükleri gidermek için daha ihtiyatlı araçlar kullanıp kullanmadığı,
2. Açığa vurulan bilgideki kamu yararı,
3. Açığa vurulan bilginin doğruluğu,
4. Bilgideki kamu yararının yetkisiz açığa vurma sebebiyle kamu otoritesine verilen herhangi bir zarardan ağır basıp basmadığı,
5. Bilgi uçurmanın saiklerinin kendine hizmet eden saiklerden ziyade saf saikler olup olmadığı,
6. Bilgi uçurana verilen cezanın ağırlığı.¹³

Mahkeme bilgi uçurma içtihadında başından sonuna kadar bu kriterlere dayanmaktadır ve böylece bize uygulamada bu kriterlerin nasıl kullanıldığına dair fikir vermektedir. Ancak, bilgi uçurmanın ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin ölçülülüğünü belirlemenin ilkeli bir yolu olup olmadığını değerlendiren araştırmalar yetersizdir. Devletlerin, uluslararası düzeyde en iyi uygulama standartlarına riayet eden, etkili bilgi uçurmayı koruma çerçeveleri benimsemeye giderek daha fazla teşvik edildiği düşünüldüğünde, bu ivedi bir sorudur.¹⁴ Bu sebeple, bilgi uçurma yaklaşımının ilkeli

8 *Guja v Moldova* (n 6) para 72.

9 *ibid* para 71. Mahkemenin geniş içtihadından ayrıca bkz. *Stoll v Switzerland* App no 69698/01 (ECHR, 10 December 2007) para 155.

10 *Guja v Moldova* (n 6) para 71.

11 *ibid*.

12 En yaygın olarak Ronald Dworkin ile ilişkilendirilen “kozlar olarak haklar” anlayışını benimseyen akademisyenler tarafından Mahkemenin ölçülülük yaklaşımına çokça itiraz edilmektedir. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977). AİHS'in 10. maddesi açısından bu eleştirilere genel bir bakış için bkz. Stavros Tsakyrakis, 'Proportionality: An Assault on Human Rights' (2009) 7(3) *International Journal of Constitutional Law* 468-493.

13 Bunlar ilk defa *Guja v Moldova* (n 6) paras 73-78'de saptanmıştır.

14 Bkz. Council of Europe Parliamentary Assembly (n 2).

ve tutarlı olmasını sağlamak için bu kriterleri yeniden gözden geçirmek ve AİHM'in bilgi uçurma içtihadı çerçevesindeki uygulamasını değerlendirmek çok önemlidir.

Bu değerlendirmeyi yapabilmek amacıyla, bu çalışma öncelikle bu kriterlerin değerlendirileceği bir standart ortaya koymaktadır. Şu ana kadar, birçok yazar, kamu yararına bilgi uçurma lehine güçlü bir normatif pozisyon benimsemiş ve her bir bilgi uçuranların korunması çerçevesini bilgi uçuranın mağduriyetine karşı anlamlı güvenceler sağlama kapasitesine dayalı olarak değerlendirmiştir.¹⁵ Bu çalışma farklı bir nirengi noktası benimsemektedir. İfade özgürlüğü hakkı AİHS bağlamında yorumlandığından, makale, bu kriterleri ifade özgürlüğünün temelini oluşturan ilkelere uygunluğuna göre değerlendirmektedir. Bu nedenle, bu kriterleri değerlendirmek amacıyla, 2. bölümde, bilgi uçurmanın AİHS'in 10. maddesi kapsamında korunan bir ifade olarak tanındığı sonucuna varmak için AİHM'in dayandığı temel ilke veya gerekçelendirme saptanmaktadır. Bu bölüm, bilgi uçurmanın, bilgi uçuranların dilediklerini söyleme hakkından ziyade, ifadenin edinilmesindeki *kitlenin menfaatine* yönelik olarak Mahkemenin koruma önerdiği bir ifade biçimi örneği olduğunu iddia etmektedir. 3. ve 4. bölümler ise kriterlerin ve Mahkemenin ölçülülük değerlendirmesinde bunları uygulama biçiminin bu gerekçelendirmeye uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Açığa vurmanın içeriğine odaklanan kriterler (3. bölümde tartışılmıştır) ile bilgi uçurmanın çalışan temelli yükümlülüklerine odaklanan kriterler (4. bölümde tartışılmıştır) arasında bir ayrım yapılmaktadır. Makale, ilkinin bilgi uçurmayı ifade olarak kabul etme gerekçeleriyle uyumlu olduğu ancak ikincisinden bazılarıyla ilgili olarak şüphe uyandırdığı sonucuna varmaktadır. Daha spesifik olarak, makale, Mahkemenin işyeri ifadesine dair geniş içtihadından çıkardığı kriterlerden bazılarının, ifadenin sahibi olarak bilgi uçuranların belirli özelliklerine pek de uygun olmayabileceğini iddia etmektedir. 5. bölüm, normatif bir argüman geliştirmekte, başka bir ifadeyle bu çerçeveyi daha ilkel hale getirmek amacıyla Mahkemenin, bilgi uçuranların çalışan olarak yükümlülükleri karşısında onların makalenin yarı kamusal gözlemci olarak tanımladığı işlevlerini desteklemesi gerektiğini ifade etmektedir. 6. bölüm bu fikre yönelik olası karşıt argümanları ele alırken 7. bölüm makalenin sonucunu içermektedir.

II. BİLGİ UÇURMA NEDEN AİHS MADDE 10 KORUMASI ALTINDADIR?

A. İFADEYE DAİR DEMOKRASİ TEMELLİ GEREKÇELENĐRMELELER VE KİTLE MENFAATI

Bu bölüm iki teorik öncül noktayı ele almaktadır. İlki daha geneldir ve Mahkemenin ifade özgürlüğü anlayışına odaklanır. Birinci nokta, ifade özgürlüğüne dair demokrasi temelli bir argümanın AİHM'in AİHS'in 10. madde içtihadındaki yaklaşımını en iyi biçimde betimlediği sonucuna varmaktadır.

15 Gösterge olarak Hunt-Matthes and Motarjemi, 'How to Make Whistleblower Protection in Europe more Effective' (*Verfassungsblog*, 18 August 2020) <<https://verfassungsblog.de/how-to-make-whistleblower-protection-in-europe-more-effective>> 3 Temmuz 2021'de erişildi; David Lewis, 'The Council of Europe Resolution and Recommendation on the Protection of Whistleblowers' (2010) 39(4) *Industrial Law Journal* 432; Lewis and FASTERLING, 'Leaks, Legislation and Freedom of Speech: How Can the Law Effectively Promote Public Interest Whistleblowing' (2014) 153(1) *International Labour Review* 71; John Bowers et al, *Whistleblowing: Law and Practice* (Oxford University Press 2012) para 11.140; Dirk Voorhoof, *The Right to Freedom of Expression and Information under the European Human Rights System: Towards a More Transparent Democratic Society* (European University Institute 2014).

İkinci nokta ise bir ifade biçimi olarak bilgi uçurmaya özgüdür. Bu bölüm, açığa vurulan bilgideki kitlenin menfaatinin, Mahkemeyi örgütsel yasa dışı davranış hakkındaki “bilgi uçurmanın” AİHS’in 10. madde koruması altındaki bir faaliyet olarak tanımaya iten güç olduğunu iddia etmektedir. Bu iki nokta, Mahkemenin bilgi uçurma davalarında ölçülülük yaklaşımının eleştirisinin temelini oluşturmaktadır.

İlk noktaya ilişkin olarak, ifade özgürlüğünün neden hukuken korunmaya layık bir değer olduğuna dair ilkeli bir açıklama sağlamak için çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Bir teori, bilgi ve fikirlerin engelsiz dolaşımının hakikatin keşfine yol açtığını iddia etmektedir.¹⁶ Bu görüşe göre, hakikate ulaşmak, tüm fikir ve görüşlerin Devlet müdahalesi olmaksızın serbestçe dolaşmasını ve metaforik bir fikir piyasasında rekabet etmesini gerektirir.¹⁷ Bu fikir rekabeti, “yanlış görüş ve uygulamaların yavaş yavaş gerçeğe dönüşmesini” sağlar.¹⁸ Bu sebeple, fikir piyasası teorisyenleri, piyasanın düzgün işleyişini ve dolayısıyla hakikatin keşfini engelleyebileceğinden, Devletin herhangi bir ifade kısıtlamasına şüpheyle yaklaşır. Diğer akademisyenler ise, ifade özgürlüğüne bireysel özerkliğin kullanımı olarak yaklaşır.¹⁹ Onlar ifadeyi, kişinin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için bir araç olarak görürler.²⁰ Bu yaklaşımın savunucuları için, hükümetin ifadeyi baskılaması, “kişiliğimizi ve onun gelişmesini” engeller.²¹ Hükümetin şüphesinden kaynaklanan argüman, ifade özgürlüğünün önemini vurgulamak için yaygın olarak kullanılan başka bir gerekçelendirme.²² Buradaki temel varsayım ise, iktidardakilerin muhtemelen muhalefeti bastırmaya çalışacağıdır. İfade özgürlüğüne dair sağlam korumalar bu riski azaltmaya hizmet eder.

Makalenin amaçlarına dair son ve en geçerli argüman, ifade özgürlüğünün iyi işleyen bir demokrasi için bir ön koşul ve bunun temel bir bileşeni olduğu görüşüdür.²³ Bu teorinin ana savunucusu *Meiklejohn*, temsili özyönetimin, vatandaşların kendi fikirlerini formüle etmeleri ve demokratik karar alma süreçlerine etkili bir şekilde katılmaları için mevcut tüm bilgilere erişmelerini gerektirdiğini savunmaktadır.²⁴ Böylece, ifade özgürlüğü anlamlı demokratik müzakereyi kolaylaştırmada ve garanti etmede çok önemli bir rol oynar.

Bu teoriye dair birçok eleştiri vardır. İfadeye dair demokrasi temelli bir gerekçelendirme, ifadeyi özünde önemli olarak görmemekle itham edilebilir.²⁵ Dahası, demokratik müzakereye katkıda bulunan ifadeye yönelik dar bir odaklanma, yapay ifade hiyerarşileri yaratabilir ve demokrasiye

16 Bkz. John Stuart Mill, *On Liberty and Other Essays* (Roberts, Green, 1864).

17 ibid 21.

18 ibid.

19 Bkz. Thomas Scanlon, ‘A Theory of Freedom of Expression’ (1972) 1(2) *Philosophy & Public Affairs* 204, özellikle 215-219.

20 Bkz. C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech* (Oxford University Press 1989).

21 Bkz. Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press 2007) 13.

22 Bkz. Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Inquiry* (Cambridge University Press 1982) 86.

23 Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation of Self-Government* (Harper 1948).

24 ibid ve Alexander Meiklejohn, ‘The First Amendment is Absolute’ (1961) *Supreme Court Review* 245.

25 Bu eleştiri için üst düzey ve alt düzey ifade arasındaki ayrıma meydan okuyan Alexander’a bkz. Larry Alexander, ‘Free Speech and Speaker’s Intent’ (1995) 12(21) *Constitutional Commentary* 21.

prima facie katkıda bulunmayan ifade biçimlerine zarar verebilir.²⁶ Bu kaygılara rağmen, bu ifade özgürlüğü anlayışı, AİHM'in AİHS'in 10. maddesi yorumunun merkezinde yer almıştır. *Handyside v United Kingdom*²⁷ davasındaki dönüm noktası niteliğindeki kararında Mahkeme, ifade özgürlüğünün “demokratik bir toplumun temellerinden ve onun ilerlemesi için temel koşullardan biri” olduğunu vurgulamıştır.²⁸

Mahkemenin bilgi uçurmaya olan yaklaşımı, bu ifade özgürlüğü anlayışını yansıtmaktadır. *Guja v Moldova* davasında Mahkeme, kamu görevlisi bilgi uçuranların hükûmetin usulsüzlüklerine²⁹ ilişkin değerli bilgiler sunduğunu ve böylece kamunun kamu kurumlarını daha iyi bir biçimde mercek altına almasına olanak sağladığını kabul etmiştir.³⁰ Mahkeme, hükûmetin kamu ve medya tarafından mercek altına alınmasının her demokratik sistemin temel unsurlarından biri olduğunu vurgulamıştır.³¹ Bu sebeple Mahkeme, kamunun nasıl yönetildiğine dair doğru bilgi edinmesine yardımcı olması esasına dayalı olarak bilgi uçurmayı bir demokratik müzakere kazanımı olarak görmektedir.³²

İkinci teorik nokta, ifadenin, ifade sahibinin menfaatleri için mi yoksa kitlenin, yani ifadenin alıcısının menfaatlerine hizmet etmek için mi hukuk tarafından korunduğu ile ilgilidir. Demokrasi temelli bir ifade özgürlüğü anlayışı hem ifade sahibinin hem de kitlenin menfaatlerini barındırır.³³ Bireysel ifade sahibi açısından ifade özgürlüğünün korunması, onun kamusal söyleme aktif olarak katkıda bulunabilmesini ve böylece demokratik müzakereye anlamlı bir şekilde katılmasını sağlar. İletişimin alıcısı olarak (daha pasif) kitle açısından ifade özgürlüğü, herkesin bilinçli siyasi kararlar vermelerine olanak tanıyan geniş bir görüş ve bilgi yelpazesine maruz kalmasını sağlar.³⁴ Bu iki boyut birbirini dışlamaz. Belirli bir ifadenin korunması hem ifade sahibi temelli hem de kitle temelli gerekçelendirmelere dayanabilir.³⁵

Bilgi uçuranın kamu görevlisi veya işçi statüsü göz önüne alındığında önceliğin ifadenin sahibine mi yoksa kitleye mi verilmesi gerektiğinin değerlendirilmesi daha karmaşık hale gelir. Mahkeme, ifade özgürlüğüne yönelik korumaların işyerinde de geçerli olduğuna ve bireylerin bir iş sözleşmesine dâhil olurken ifade özgürlüğü hakkından topluca feragat etmediklerine karar vermiştir.³⁶ Ancak

26 ibid.

27 *Handyside v United Kingdom* App no 5493/72 (ECHR, 7 December 1976).

28 ibid para 49.

29 Bkz. *Guja v Moldova* (n 6).

30 ibid para 74.

31 ibid.

32 Bu, diğer ifade özgürlüğü teorilerinin bilgi uçurmayı barındırmayacağı anlamına gelmez. Bkz. Ashley Savage, *Leaks, Whistleblowing and the Public Interest: The Law of Unauthorised Disclosures* (Edward Elgar 2016) 7-23.

33 Jacob Rowbottom, 'In the Shadow of the Big Media: Freedom of Expression, Participation and the Production of Knowledge Online' (2014) Public Law 491, 495.

34 ibid. Ayrıca bkz. Joseph Raz, 'Freedom of Expression and Personal Identification' (1991) 11 Oxford Journal of Legal Studies 303, 308.

35 Rowbottom (n 33) 495.

36 *Vogt v Germany* App no 17851/91 (ECHR, 26 September 1995) para 53 ve Lucy Vickers, *Freedom of Speech and Employment* (Oxford University Press 2002) özellikle 3. bölüm.

Mahkeme, kamu görevlilerinin kurumlarına karşı yüksek sadakat ve güven yükümlülüğünün yanı sıra itidal yükümlülüğünün olduğunu da vurgulamıştır.³⁷ Son zamanlarda, çalışanların sosyal medyalarında saldırgan görüşler yayınlamaları nedeniyle istihdamla ilgili yaptırımlarla karşı karşıya kaldığı durumlarda ifade özgürlüğünün uygun rolü önemli tartışmalara sebep olmuştur.³⁸ Bu bağlamda ifade özgürlüğünün rolünü değerlendirirken akademisyenler, bu tür ifadelerin korunmaya değer olmasının sebebini açıklamak için ifade sahibinin menfaatlerine vurgu yapmıştır.³⁹

Bilgi uçurma söz konusu olduğunda aynı sonuca varmak zordur. *Barendt*'in iddia ettiği gibi, gizlilik yasalarını ihlal ederek yapılan yetkisiz açığa vurmalar yönünden ifade özgürlüğü korumasını “hükümet dosyalarının içeriğini açığa vurma konusunda bir kamu görevlisinin menfaatine dayandırmak daha az ilgi çekicidir.”⁴⁰ *Barendt*'e göre, ifade özgürlüğü korumasının bilginin alıcısına yani kitleye yönelik olduğu durumda, bilgiyi açığa vuran kamu görevlisine yalnızca “asalak”⁴¹ bir ifade özgürlüğü hakkı tanınabilir.⁴² Bu anlayışa göre bilgi uçurmanın açıklama yapma hakkı bağımsız olmayıp, ancak kitlenin açığa vurulan bilgilere erişmesindeki menfaatinden kaynaklanır.⁴³

Barendt'in bilgi uçurmadaki görüşü her zaman aynı biçimde kabul görmemektedir. Örneğin *Baker*, bilgi uçurmayı ifade özgürlüğüne ilişkin bireysel özerklik teorileriyle bağdaştırmaya çalışmıştır.⁴⁴ *Baker*'a göre bilgi uçurma, bilgi uçurmanın sahip olduğu değerlerin peşinde olarak, bir organizasyondaki yolsuzluğu ve yasa dışı faaliyetleri durdurmaya yönelik girişimdir.⁴⁵ Bu nedenle *Baker*, bilgi uçurmanın “kişinin dünyayı kendi asli değerlerine uygun hale getirmek için doğrudan bir ifadeyi kullanmasını içerdiğini” ileri sürer.⁴⁶

37 Bu yükümlülükler ve bunların bilgi uçurmanın AİHS m. 10 kapsamında edindiği koruma üzerindeki etkileri sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

38 Bkz. Paul Wragg, ‘Free Speech Rights at Work: Resolving the Differences between Practice and Liberal Principle’ (2015) 44 *Industrial Law Journal* 1 ve Virginia Mantouvalou, ‘I Lost my Job Over a Facebook Post – Was that Fair?’ Discipline and Dismissal for Social Media Activity’ (2019) 35 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 101.

39 ibid.

40 *Barendt* (n 21) 25.

41 ^{ç.n.+}Öğretide asalak hak olarak etiketlenen haklar, diğer hak ve özgürlüklere belirli bir açıdan bağımlı bir yapıya sahip haklar için kullanılmaktadır. Örneğin AİHS m. 14’te düzenlenen ayrımcılık yasağı yalnızca AİHS’deki diğer hakların kullanılması bakımından ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM, ayrımcılık yasağının bağımsız bir varlığa sahip olmadığını kabul etmektedir.

42 ibid 195.

43 Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Eric R. Boot, ‘No Right to Classified Public Whistleblowing’ (2018) 31 *Ratio Juris* 70.

44 *Baker* (n 20) 61.

45 ibid.

46 ibid. “Gözlemci” ve “protesto” bilgi uçurma arasında bir ayırım yapılmaktadır. Gözlemci bilgi uçurma, yasa dışı davranışı ispat eden bilgilerin açığa vurulmasını içerir. Protesto bilgi uçurma, bilgi uçurmanın işverenin hukuki veya şeffaf bir faaliyetine itiraz ettiği durumları tanımlar. Bkz. Wim Vandekerckhove, *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility: A Global Assessment* (Ashgate 2006) 215. Usulsüzlük üzerine odaklanarak, gözlemci bilgi uçurma ile ilgili AİHM çerçevesi. Bkz. *Herbai v Hungary* App no 11608/15 (ECHR, 5 November 2019) para 40.

B. AİHM'İN TUTUMU VE ÖLÇÜLÜLÜK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

AİHM'in bilgi uçurmaya dair tutumu, *Baker*'ın görüşünden ziyade *Barendt*'in görüşüne daha yakın görünmektedir. Bilgi uçurmanın AİHS'in 10. madde koruması altındaki bir faaliyet olup olmadığını belirlerken Mahkeme şu kararı vermiştir:

Bir kamu görevlisi görevi sırasında açığa vurulması veya yayınlanması *güçlü bir kamu yararı* karşılık gelen gizli bilgiler de dâhil olmak üzere kurum içi bilgilerden haberdar olabilir. (...) Bu, ilgili çalışanın veya kamu görevlisinin, işyerinde neler olup bittiğinin farkında olan tek kişi veya küçük bir insan kategorisinin parçası olduğu ve bu nedenle *genel olarak kamuyu* veya işvereni uyararak kamu yararına yönelik hareket etmek için en iyi konuma sahip olduğu durumlarda gerekli olabilir.⁴⁷

Dolayısıyla Mahkeme, kamu görevlisinin yasa dışı davranışa ilişkin bilgi uçurarak bireysel özerkliğini kullanma hakkından ziyade, bilgiye erişimde kamunun yararına başvurarak, bilgi uçurmanın 10. maddenin kapsamına alınmasını gerekçelendirmektedir.

İfade sahibinin veya kitlenin menfaatlerine vurgu yapmanın ölçülülük değerlendirmesi açısından önemli sonuçları vardır. *Vickers*'ın iddia ettiği gibi, ifade özgürlüğü hakkını gizli bilgileri açığa vurma konusundaki bireysel özerkliğine dayandıran bir çalışan, işverenin bilgiyi gizli tutma konusundaki bireysel menfaatiyle karşı karşıya gelmek zorundadır.⁴⁸ Bu iki yarışan menfaat dengelenirse, birbirlerini hükümsüz kılma tehlikesi vardır.⁴⁹ *Vickers* haklı olarak, kitlenin menfaatinin söz konusu olduğu yerde, “işverenin menfaatinin, çalışanın ve kitlenin haklarına karşı tartışılacağını ve sonuç olarak, ifade özgürlüğü hakkının üstün gelmesinin çok daha muhtemel olduğunu” iddia eder.⁵⁰ Kitlenin menfaati ifadeye dair demokrasi temelli bir gerekçelendirme prizması altında incelendiğinde, demokratik müzakereye katkıda bulunan bir iletişimi korumanın önemi oldukça açıktır. Bireysel ifade sahibinin görüşünü paylaşmasındaki menfaatinin kamu yararı kısıtlamalarına tabi olduğu durumlardan farklı olarak, bilgi uçurma söz konusu olduğunda bu, 10. maddenin koruduğu temel menfaat olarak hizmet eden kitlenin bilgi alma hakkıdır. Bu sebeple, Mahkemenin belirlediği herhangi bir kriter, bu birincil menfaatin gereğinden fazla sınırlandırılmamasını sağlayacak şekilde değerlendirilmelidir.

Bunu akılda tutarak, makale söz konusu kriterlerin değerlendirmesine dönmektedir. Belirli davalarda⁵¹ AİHS'in 10. maddesine ilişkin kısıtlamanın meşru amacı ne olursa olsun, bilgi uçurma içtihadında Mahkeme, kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken, yukarıda

47 *Guja v Moldova* (n 6) para 72 (vurgular eklenmiştir).

48 *Vickers* (n 36) 20.

49 *ibid.*

50 *ibid.*

51 Bazı davalarda meşru amaç, gizlice edinilen bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesidir. (*Guja v Moldova* (n 6) para 59 ve *Matúz v Hungary* App no 73571/10 (ECHR, 21 October 2014) para 30), diğer davalarda amaç ulusal güvenliğin (*Bucur and Toma v Romania* App no 40238/02 (ECHR, 8 January 2013) para 83) veya başkalarının haklarının korunmasıdır (*Heinisch v Germany* App no 28274/08 (ECHR, 21 July 2011) para 49).

belirtilen kriterlere dayanmaktadır.⁵² Bu kriterleri değerlendirmek için, aşağıdaki bölümlerde bilgi uçurmanın ilettiği mesaja odaklanan kriterler ile bilgi uçurmanın bir çalışan olarak yükümlülüklerinden kaynaklanan kriterler arasında ayırım yapılmaktadır. Aşağıdaki bölümde tartışılacağı üzere, açığa vurulan bilgilerin doğruluğunu ve kamu yararına olmasını sağlayan kriterler, AIHS çerçevesinde bilgi uçurmanın korumasının *telosunu*^{53ç.n.+} daha da desteklemektedir. Aksine, bilgi uçurmanın ilettiği bilgilere odaklanmayan kriterler daha ileri bir incelemeyi gerektirir. Bu ikinci kategori için makale, Mahkemenin bunları ölçülülük değerlendirmesinde ilkeli bir şekilde kullanıp kullanmadığına dair bazı şüpheleri dile getirmektedir.

III. AÇIĞA VURMANIN İÇERİĞİNE ODAKLANAN KRİTERLER

Mahkeme, “açığa vurulan bilgilerde yer alan kamu yararına özel olarak dikkat edilmesi gerektiğini” not eder.⁵⁴ Ayrıca Mahkeme, “bilgi açığa vurmaya seçen herhangi bir kişi, koşulların izin verdiği ölçüde, bilginin doğru ve güvenilir olduğunu dikkatlice doğrulamalıdır” diyerek bilgi uçurana bir görev yüklemiştir.⁵⁵ Sırasıyla bu iki kriteri inceledikten sonra, bu bölüm, Mahkemenin bilgi uçurana zımnen yarı kamusal gözlemci ve yarı gazeteci statüsü atfettiği sonucuna varmaktadır. Bu kriterler, bilgi uçurmanın kitesine ulaşan bilginin önemi veya değerini test etmesi için Mahkemeye araç sağlar. Bu temelde söz konusu kriterler, bilgideki kitle menfaatine odaklandığından, bilgi uçurmayı ifade olarak tanımaya dair gerekelendirmeyle uyumludur.

A. AÇIĞA VURMADAKİ KAMU YARARI VE BİLGİ UÇURANIN PAYLAŞTIĞI BİLGİNİN DOĞRULUĞU

Guja davasında Mahkeme, hükümetin yasama organına karşı siyasi sorumluluğu ile mahkemelere karşı hukuki sorumluluğunun işleyen bir demokrasi için hayati öneme sahip olduğunu ve hükümetin “medya ve kamuoyu” tarafından da mercek altına alınması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶ Mahkeme, “kamunun belirli bilgiye sahip olmasındaki menfaatin bazen hukuken yüklenen güven yükümlülüğüne bile baskın gelecek kadar güçlü olabileceğini” kabul etmiştir.⁵⁷ Açığa vurmanın kamu yararına olup olmadığını belirlemeye yönelik bu yargısal dengeleme biçimi, özellikle devlet sırları ve ulusal güvenlik söz konusu olduğunda eleştiri konusu olmuştur.⁵⁸ Ancak Mahkeme, bilgi uçurma

52 Örnek olarak 50. dipnottaki davalara bakınız.

53 ç.n.+Telos sözcüğü amaç, varılmak istenen son, hedef anlamlarında kullanılan Antik Yunan'a ait bir sözcüktür.

54 *Guja v Moldova* (n 6) para 74.

55 ibid para 75. Karalayıcı, temelsiz suçlamalar veya kötü niyetle formüle edilmiş suçlamalar için koruma sağlanmaz. Bkz. *Castells v Spain* App no 11798/85 (ECHR, 23 April 1992) para 46.

56 *Guja v Moldova* (n 6) para 74.

57 ibid.

58 Yargıçların ulusal güvenliğe olan yaklaşımlarının bir analizi için bkz. Hitoshi Nasu, ‘State Secrets Law and National Security’ (2015) 64 International and Comparative Law Quarterly 365, özellikle 400 ve devamı. İfade özgürlüğü ve ulusal güvenlik bilgi uçurmasının dengelenmesi üzerine bkz. Dimitrios Kagiros, ‘Protecting ‘National Security’ Whistleblowers in the Council of Europe: an Evaluation of Three Approaches on How to Balance National Security with Freedom of Expression’ (2015) 19 International Journal of Human Rights 408 ve Ioannis Kampourakis, ‘Protecting National Security Whistleblowers in the U.S. and in the ECtHR: The Limits of Balancing and the Social Value of Public

içtihadında bu tür değerlendirmeleri gerçekleştirirken açığa vurmaların ulusal güvenlik meseleleriyle ilgili olduğu durumlarda bile kayda değer bir engel ortaya koymamıştır.⁵⁹ *Ad hoc* temelde yürütülen bu değerlendirme ve AİHM'in yaklaşımı, belirli bir iletişimde kamu yararını tespit ettiği ifade özgürlüğü davalarından farklılaşmamaktadır. Daha spesifik olarak Mahkeme, siyasi ifadenin ve “kamu oyunu ilgilendiren konuların açık olarak tartışılmasının” önemini yinelemektedir.⁶⁰ Mahkeme, bunun “demokrasi için gerekli olduğunu ve bu tür konularda kamunun görüşlerini dile getirme cesaretinin kırılmamasının önemine saygı gösterilmesi gerektiğini” vurgulamaktadır.⁶¹ Sonuç olarak Mahkeme, bu tür ifadelerin kısıtlanmasında dar bir takdir marjı tanımaktadır.⁶² Mahkeme, kamu görevlisi bilgi uçuranlara ilişkin içtihadında, soruşturma makamlarının çalışmalarına yönelik siyasi müdahale⁶³, istihbarat hizmetleri tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı gözetleme⁶⁴ ve devlet televizyonundaki programların yayına hazırlanması⁶⁵ hakkında kamunun bilgilendirilmesinde güçlü bir kamu yararı tespit etmektedir.

Mahkemenin dayandığı diğer mesaj odaklı kriter, açığa vurulan bilgilerin doğruluğudur. Mahkeme, bilgi uçuranın açığa vurduğu bilgilerin olgusal olarak doğru olduğunu teyit etmek için mevcut koşullar altında⁶⁶ kendisinden makul olarak beklenen her şeyi yapıp yapmadığını inceler. Bu nedenle, “destekleyici kanıt”⁶⁷ olmaksızın “sadece bir söylentiye”⁶⁸ dayanan kamuya açık yasa dışı davranış iddiaları, bilgi uçuranın iyi niyeti ve buna bağlı olarak onların AİHS'in 10. maddesi kapsamında sahip olduğu koruma üzerinde şüphe uyandırır.

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ PERSPEKTİFİNDEN KRİTERLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ: YARI GAZETECİ VE KAMUSAL GÖZLEMCİ OLARAK BİLGİ UÇURANLAR

Mahkeme, bilgi uçuranların korunmasına ilişkin çerçeveyi geliştirirken öncelikle kendi içtihat hukukuna dayanmıştır. Daha spesifik olarak, Mahkeme öncelikle bu kriterlerin her ikisini gazeteciliğin

Disclosures' (April 2020), online SSRN database: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576036> 3 Temmuz 2021'de erişilmiştir. AK, 2 Ekim 2013 tarihli Ulusal Güvenlik ve Bilgiye Erişime Dair Parlamenterler Meclisi Kararı (1954) aracılığıyla, ulusal güvenlik ve bilgiye erişim hakkının nasıl dengelenebileceğini belirleyen “Thswane İlkeleri”ni onayladı, bkz. Open Society Foundations, The Global Principles on National Security and the Right to Information, 12 June 2013 (Tshwane Principles). Ulusal güvenlik bilgi uçurması üzerine ayrıca bkz. Resolution 2060 (2015) on Improving the Protection of Whistle-blowers, 23 June 2015.

59 *Bucur and Toma v Romania* (n 50).

60 *Guja v Moldova* (n 6) para 91.

61 *ibid.*

62 *ibid* para 74.

63 *ibid* para 86.

64 *Bucur and Toma v Romania* (n 50).

65 *Matúz v Hungary* (n 50) para 33.

66 *Rungainis v Latvia* App no 40597/08 (ECHR, 14 June 2018) para 57. Bu, AK Parlamenterler Meclisinin Bilgi Uçuranların Korunmasına Dair 29 Nisan 2010 tarihli kararı (1729) para. 6.2.4 ile büyük ölçüde uyumludur.

67 *Soares v Portugal* App no 79972/12 (ECHR, 21 June 2016) para 46.

68 *ibid.*

korunmasına ilişkin içtihadından çıkarmaktadır.⁶⁹ Mahkeme, uzun süredir, demokratik bir toplumdaki esas işlevi, yani kamuyu ilgilendiren konularda bilgi sağlamaları sebebiyle gazetecilerin ve basının “kamusal gözlemci”⁷⁰ olarak hizmet ettiklerine karar vermektedir.⁷¹ Mahkeme, basın özgürlüklerine ilişkin içtihadına dayanarak ve bilgi uçuranların bu tür bilgilerin kitleye ulaşması için başka bir yol olduğunu kabul ederek, bilgi uçurmanın aynı zamanda kamusal gözlemci olarak hareket etme unsurunu da içerdiğini zımnen kabul etmektedir. Benzer biçimde, açıklanan bilgilerin doğruluğunu teyit etme gerekliliği, AİHS’in 10. maddesi kapsamında gazetecilerin doğru ve güvenilir bilgi iletme konusundaki yükümlülük ve sorumluluklarına ilişkin içtihadından alınmıştır.⁷² Böylece Mahkeme gazetecilerle bilgi uçuranlar arasında bir paralellik kurmakta ve açığa vurulan bilginin doğruluğunu mümkün olduğu ölçüde pekiştirme beklentisiyle, gazetecilerin yükümlülük ve sorumluluklarından bir kısmını bilgi uçuranlara havale etmektedir. Böylece, bilgi uçuranların kamu otoriteleri içindeki yasa dışı davranış hakkında kamuyu uyarmadan önce yarı gazeteci gibi davranmaları beklenmektedir.

Bu iki kriter Mahkemeye bilgi uçuranın kitlesine ulaştığı mesajın içeriğinin bir değerlendirmesini yapma imkânı tanır. Daha spesifik olarak Mahkeme, daha geniş halk kitlesine en iyi biçimde hizmet eden standartlara uygunluğunu sağlamak için bu mesajın kalitesini inceler. Bu bağlamda Mahkeme, yalnızca en çok kitlenin yararına dokunan standartları karşılayan bilgileri açığa vuran bilgi uçuranlara ifade özgürlüğü koruması sağlar. Kriterler, kitlenin önemli ve doğru bilgiye maruz kalmasındaki menfaatiyle ilgilidir ve böylece onlar hükümetin (yasa dışı) davranışını daha iyi mercek altına alabilir. Sonuç olarak, bu iki kriter bilgi uçurmayı ifade olarak tanımanın altında yatan mantıkla tamamen uyumludur. Çünkü Mahkeme ifadenin kalitesini arttırmayı ve yalnızca “duyulmaya değer” ifadenin korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır.⁷³

Ancak kalan kriterleri değerlendirirken Mahkeme, açığa vurmanın içeriğinden uzaklaşmakta ve bilgi uçuranların kamu görevlisi olarak konumlarına has yükümlülükleriyle ilgilenmektedir. Bunlar aşağıdaki bölümde incelenecektir.

69 Mahkeme, *Fressoz and Roire v France* App no 29183/95 (ECHR, 21 January 1999) ve *Radio Twist, A.S. v Slovakia* App no 62202/00 (ECHR, 19 December 2006) atıfta bulunur. Mahkeme, hükümetin eylemlerinin veya ihmallerinin medya ve kamu tarafından mercek altına alınması gerektiğini savunmak için bu davalara dayanmakta ve “kamu yararına ilişkin meselelere dair tartışmalara yönelik kısıtlamalar için” Devletlerin dar bir takdir marjına sahip olduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme ayrıca *Sürek v Turkey (no. 1)* App no 26682/95 (ECHR, 8 July 1999) kararına atıf yapmaktadır.

70 *Lingens v Austria* App no 9815/82 (ECHR, 8 July 1986) para 44.

71 Gösterge olarak bkz. *Cumpăna and Mazăre v Romania* App no 33348/96 (ECHR, 17 December 2004) para 93.

72 *Guja* bu kriterlere dair *Bladet, Tromso and Stensaas v Norway* App no 21980/93 (ECHR, 20 May 1999) para 59’a atıf yapar. Bilginin doğruluğuna ilişkin Mahkeme ayrıca *Morissens v Belgium* App no 11389/85 (EComHR, 3 May 1988)e atıf yapar.

73 Bkz. Schauer (n 22) 158 vd.

IV. MESAJIN KAMU YARARI DEĞERİNE ODAKLANMAYAN KRİTERLER

A. AÇIĞA VURMANIN KAMU OTORİTESİNE VERDİĞİ ZARAR

Mahkeme daha sonra, her açığa vurmada kaynaklanan fayda karşısında aleyhine bilgi uçurulan kamu kurumuna verilen zararı tartmaktadır.⁷⁴ Bilgi uçurma içtihadına genel bir bakış, Mahkemenin öncelikli olarak, kamu görevlisinin usulsüzlüğü raporlayarak halel getirdiği üç menfaate odaklandığını ortaya koymaktadır. Bu menfaatler şunlardır; usulsüzlüğün açığa vurulması kamu kurumuna olan güveni sarsabilir, kamu kurumunun ekonomik ve ticari menfaatlerine halel getirebilir ve bilgi uçurulan kurumu içerisinde yer alan belirli kişilerin otoritesini sarsabilir. Bu bölüm sırayla Mahkemenin açığa vurmada kamu yararına karşı bu telafi edici menfaatleri nasıl tarttığını incelemektedir.

Öncelikle Mahkeme, bir kamu kurumuna olan kamu güveninin sürdürülmesindeki menfaati tanımlamaktadır. Usulsüzlüğün açığa vurulması bu güveni zayıflatabilir.⁷⁵ Mahkemenin korunması özellikle önemli olan yargı erkinin itibarından ayrı tuttuğu ve kapsamlı AİHS 10. madde içtihadında ilgilendiği bir mesele de kamu kurumlarına olan güvendir. Bunun sebebi, hakimlerin herhangi bir saldırı veya eleştiriye yanıt vermelerini engelleyen bir özen yükümlülüğüne tabi olmalarıdır.⁷⁶ Dolayısıyla, yargı sisteminin “görevlerini başarılı biçimde yerine getirebilmesi için kamu güvenini kazanması gerektiği” temelinde, yargı erkine yönelik eleştirilere ilişkin kısıtlamalara 10. madde uygulanabilir.⁷⁷ Ancak bu, kamu yararına yönelik açığa vurmalarla ziyade yargıya yönelik ve esasında asılsız ve yıkıcı olan saldırılarla ilgili olarak uygulanır.⁷⁸ Birincisi (kamu yararına yönelik açığa vurmalar) söz konusu olduğunda Mahkeme, kuvvetler ayrılığına ilişkin konularda olduğu gibi, “tartışması genellikle 10. madde kapsamında yüksek derecede korumaya sahip olan adalet sisteminin işleyişine ilişkin soruların kamu yararına girdiğini”⁷⁹ saptamıştır.⁸⁰

Genel olarak, kamu kurumunun maruz kaldığı itibari zararı değerlendirirken Mahkeme, eğer açığa vurma bir kamu yararı meselesiyle ilgiliyse bilgi uçurularına karşı cömerttir. Örneğin *Guja* davasında Mahkeme, “bir Devletin soruşturma makamlarının bağımsızlığına ve siyasi tarafsızlığına olan güveni sürdürmeye yönelik kamu yararının” korunmaya değer olduğunu kaydetmiştir.⁸¹ Bununla birlikte bu menfaat, usulsüzlüğün açığa vurulmasındaki kamu yararından daha ağır basmıştır. Mahkeme kategorik olarak, yani bu iki yarışan menfaatin birbirine karşı nasıl tartılması gerektiği konusunda derinlemesine bir açıklama yapmadan, bir sonuca varmıştır.⁸² Benzer biçimde Romanya güvenlik hizmetlerinin bir üyesi tarafından gerçekleştirilen yetkisiz açığa vurmalarla ilişkin *Bucur and Toma*

74 *Guja v Moldova* (n 6) para 76.

75 *Guja v Moldova* (n 6) para 90.

76 *Prager and Oberschlick v Austria* App no 15974/90 (ECHR, 26 April 1995) para 34.

77 *Kudeshkina v Russia* App no 29492/05 (ECHR, 26 February 2009) para 86.

78 *ibid.*

79 *Baka v Hungary* App no 20261/12 (ECHR, 23 June 2016) para 165.

80 *ibid.* Ayrıca bkz. *Guja v Moldova* (n 6) para 88. Bu noktada *Kövesi v Romania* App no 3594/19 (ECHR, 5 May 2020) para 209'daki daha yeni karara bakınız.

81 *Guja v Moldova* (n 6) para 90.

82 *ibid.* para. 91.

*v Romania*⁸³ davasında Mahkeme, istihbarat topluluğuna olan kamu güveninin sürdürülmesinde kamu yararı olduğunu kabul etmiş ancak Devlet tarafından idare edilen bir kuruluştaki yasa dışı faaliyetlere ilişkin bilgilerin açığa vurulmasında yarışan kamu yararının daha önemli olduğuna vurgu yapmıştır.⁸⁴

İkinci olarak Mahkeme, yetkisiz açığa vurmanın bir kamu kuruluşunun ekonomik veya ticari menfaatini etkileyebileceğini de kabul etmektedir. *Heinisch v Germany* davasında Mahkeme, bir hemşirenin çoğunluğu Devlete ait olan bir huzurevine yönelik iddialarını incelemiştir.⁸⁵ Mahkeme, “şirketlerin finansal kapasitesini ve ticari başarısını korumadaki menfaatin” Devlete ait şirketler için de geçerli olduğunu kaydetmiştir.⁸⁶ Ancak Mahkeme şu sonuca varmıştır:

Devlete ait bir şirketin yaşlılar için kurumsal bakım sağlamadaki yetersizlikleri hakkında bilgi edinmedeki kamu yararı, demokratik bir toplumda çok önemlidir ki bu, ticari itibar ve menfaatlerin korunmasındaki menfaate ağır basar.⁸⁷

Mahkeme açığa vurmadaki menfaatin neden kurumun ticari menfaatlerine ağır bastığına dair herhangi bir normatif gerekçe sunmadığı veya çok derine inmediği için buradaki dengeleme, bir kez daha neredeyse otomatik bir biçimde gerçekleştirilmiştir. Mahkeme, kitlenin menfaatinin ticari veya ekonomik kaygılara ağır bastığını neredeyse tartışmasız olarak kabul etmektedir.

Üçüncü olarak Mahkeme, açığa vurmanın, kurumlardaki bireylerin otoritesi üzerinde sahip olacağı genel etkiyi dikkate alabilmektedir. Mahkeme, bir belediye çalışanının personel toplantısındaki hararetli bir tartışma esnasında belediye başkan yardımcısını usulsüzlükle suçlaması ve amirine sert bir biçimde yazılmış mektup göndermesi sebebiyle görevden alınmasına ilişkin *Langner v Germany* kararında bu menfaate odaklanmıştır.⁸⁸ Mahkeme, bu davayı kendi bilgi uçurma içtihadından ayırmıştır. Çünkü başvuru AİHS m. 10 kapsamında korumaya ilişkin çoklu kriterleri karşılamamıştır.⁸⁹ Bu kriterlerle ilgili olarak Mahkeme, doğruluğu şüpheli ifadelerin belediye başkan yardımcısının şöhreti üzerinde olumsuz etkilerinin bulunmasının muhtemel olduğuna ve bunların kurum içindeki “çalışma atmosferine ciddi biçimde müdahale ettiğine” ilişkin yerel mahkemelerin tespitlerini uygun bulmuştur.⁹⁰ Bu durum, görevden almanın başvuruçunun ifade özgürlüğüne ölçülü bir müdahale olduğu anlamına gelmiştir. Ancak burada Mahkeme, açığa vurmanın zaten kamu yararına bilgi uçurma anlamına gelmediğini saptamıştır. Sonuç olarak bu karar, başvuruçunun bilgi uçuran statüsü atfedildiği kuruma yönelik bu tür bir zarara karşı, açığa vurulan bilgideki kamu yararının nasıl tartışacağı hususunda bir fikir vermemiştir.

83 *Bucur and Toma v Romania* (n 50).

84 *ibid* para 115.

85 *Heinisch v Germany* (n 50).

86 *ibid* para 89.

87 *ibid* para 90.

88 *Langner v Germany* App no 14464/11 (ECHR, 17 September 2015).

89 Bu aşğıda daha detaylı bir biçimde tartışılacaktır.

90 *Langner v Germany* (n 86) para 51.

Söz konusu kararların gösterdiği üzere, ifadedeki kamu yararının, yetkisiz açığa vurma sebebiyle kamu otoritesine verilen her çelişkili itibarı veya ekonomik zarara kesinlikle üstün gelmesi bekleniyorsa bu kriterin ölçülülüğe dâhil edilmesinden vazgeçilmelidir. Bilgi uçuranın ilk iki kriteri karşıladığı durumlarda bu kriterin dâhil edilmesi, ölçülülük testinin nasıl gerçekleştirileceği konusunda – özellikle bunun AİHS'e Taraf Devletlerin benimsediği yerel bilgi uçuranların korunması çerçevelerini nasıl etkileyebileceği dikkate alındığında – sadece suları bulandırmaktadır. Eğer Mahkeme açığa vurmanın doğru ve kamu yararına ilişkin olduğunu tespit ederse, bu yararın usulsüzlüğe karışmış kamu otoritesinin itibarını ve diğer menfaatlerini korumak amacıyla ek bir dengeleyici uygulamaya konu olması için ilkeli bir sebep bulunmamaktadır.

Bu kriter, ifadenin sahibinin önemsiz bilgileri (yani kamu yararına sayılmayan bilgileri) açığa vurduğu veya bir kamu görevlisinin ifadesinin kurumlarına karşı haksız bir saldırı anlamına geldiği işyeri ifadesi örneklerinde daha kullanışlı olacaktır. Kitle menfaatinin Mahkemenin birincil kaygısı olmadığı bu gibi durumlarda, ifadenin sahibini cezalandırmadan önce ihtilaflı ifadenin kuruma verdiği zararı değerlendirmek ölçülülük amaçlarına uygun düşebilir. Bu temelde Mahkeme bu kriteri daha açık bir biçimde yardımcı bir rol atfedebilir, bu sayede Mahkemenin açığa vurmanın bir kamu yararı meselesiyle ilgili olmadığını veya kamu görevlisinin eylemlerinin bilgi uçurma teşkil etmediğini tespit ettiği davalarda buna yalnızca “zemin hazırlanır”. Bu kriteri bilgi uçurma içtihadına dâhil ederek Mahkeme, kamu yararına yönelik bilgi uçurma ile diğer işyeri ifadesi türleri arasında net bir ayırım yapamamaktadır. Ölçülülüğe dair mülahazalar, ifadenin kitlesi için ne kadar önemli olduğuna bağlı olarak farklı olmalıdır.

B. BİLGİ UÇURANIN SAİKLERİ

Bir sonraki kriteriyle Mahkeme, bilgi uçuranı otoritenin usulsüzlüğüne karşı kamuyu ikaz etmeye sevk eden saiklerin değerlendirmesine yönelmektedir. Bilgi uçuranlar genel olarak, usulsüzlüğe karşı kendilerini konuşmaya zorlayan güçlü değerlere sahip kişiler olarak tasvir edilir. Ancak bilgi uçuranlar, daha az onurlu sebepler tarafından da bilgileri açığa vurmaya yönlendirilebilir. Örneğin özellikle kendilerini işyerinde kötü muamele mağduru olarak algıladıklarında bilgi uçuranlar kurumlarına zarar vermek isteyebilir.⁹¹ Bazı durumlarda bilgi uçuran kurumsal bir reformu gerçekleştirmekle veya usulsüzlüğe işaret etmekle daha az ilgilenmekte ve kendisine hizmet eden sebeplerle bilgi açığa vurabilmektedir. *Gobert* ve *Punch*'in ileri sürdüğü gibi çoğu durumda “bilgi uçuranı harekete geçiren saik, zarar verici, kötücül veya hatta patolojik olabilir.”⁹² Bu yazarların analizine göre, bilgi uçuranlar kamu yararına bilgilendirmekten ziyade kendilerini “meşru eleştirilerden, derdest disiplin soruşturmalarından veya göreve son verme tehdidinden” korumak için yetkisiz açığa vurmaya kullanabilir.⁹³

91 Gobert and Punch, ‘Whistleblowers, the Public Interest and the Public Interest Disclosure Act 1998’ (2000) 63 *Modern Law Review* 25, 31.

92 *ibid* 30.

93 *ibid* 32.

Bu bilgiler ışığında, Mahkemenin analizinde bilgi uçuranların saiklerine ilişkin bir incelemenin rol alması gerekip gerekmediğini değerlendirmek önemlidir. *Guja* kararında Mahkeme bu soruya olumlu cevap vermiştir.⁹⁴ Mahkeme, “kişisel bir şikâyet, düşmanlık veya maddi kazanç da dâhil olmak üzere kişisel bir kazanım saikiyle yapılan açığa vurmanın özellikle yüksek bir koruma düzeyini gerektirmeyeceğine” dikkat çekmiştir.⁹⁵

Çoğu davada Mahkeme bilgi uçuranların saiklerinin saf olduğunu tespit etmiştir. Bilgi uçuranın saiklerinin söz konusu olduğu birkaç davada Mahkeme, bunun davanın sonucu açısından sahip olacağı öneme dair tutarsız pozisyonlar benimsemiştir. Bazı davalarda AİHM, başvuruçunun kendine hizmet eden muhtemel saiklerini açığa vurmadaki menfaate karşı tartmakta ve ikincisinin daha önemli olduğuna karar vermektedir.⁹⁶ Ancak diğer kararlarında Mahkeme daha sert bir bakış açısı benimsemektedir. Yukarıda tartışılan *Langner v Germany* kararında⁹⁷ Mahkeme, başvuruçunun etik saiklerden yoksun olmasının, başlı başına⁹⁸ davayı *Guja* kararı kapsamında oluşturulan bilgi uçuranların korunması çerçevesinden ayırmak için yeterli bir sebep oluşturduğuna ve 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁹⁹ Bu örnekte Mahkeme için, saiklerin saflığı neredeyse bilgi uçurmanın tanımlayıcı bir niteliği işlevi görmüştür. Bu davada Mahkemenin başvuruçunun ilgili kriterlerin¹⁰⁰ birçoğunu karşılayamaması gerekçesiyle nihai olarak 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermesi doğru olmakla birlikte, bu davayı *Guja* davasından ayırt etmek için başvuruçunun saiklerinin bizatihi bir sebep olması, davanın sonucuna ilişkin olarak saiklerin önemine dair bir karışıklık yaratmaktadır.

Akademisyenler, ifade özgürlüğü kapsamında koruma için bir ön şart olarak bilgi uçuranların saiklerine çok fazla güvenilmesine yönelik endişelerini paylaşmaktadır.¹⁰¹ 2019/1937 AB Direktifi de “ihbar eden kişilerin ihbar etme saiklerinin onların koruma altına alınıp alınmamasına ilişkin bir karar verilmesinde ilgisiz olması gerektiğini” vurgulamıştır.¹⁰² Benzer bir anlayışla, bilgi uçuranların korunmasına ilişkin AK üye Devletlerine yönelik taslak tavsiye kararlarına eşlik eden açıklayıcı memorandum, “bilgi uçuranın saikleriyle (...) ilgili diğer öznel kriterlerin yan yana getirilmesinin, mahkemeler tarafından uygulanmasının öngörülemezliği sebebiyle, tehlikeli olduğunu” kaydetmiştir.¹⁰³ Ancak taslak kararda bu endişeye verilen yanıt, bunu bir kriter olarak tamamen dışlamak değildir. Bu durum sadece bilgi uçuranın iyi niyetle hareket ettiğine dair bir karine yaratır

94 *Guja v Moldova* (n 6) para 77.

95 *ibid.* Ayrıca bkz. *Kudeshkina v Russia* (n 75) para 95.

96 Bkz. *Sosinowska v Poland* App no 10247/09 (ECHR, 18 October 2011) özellikle paras 61 ve 79, ve benzer yaklaşım için, *Aurelian Oprea v Romania* App no 12138/08 (ECHR, 19 January 2016) para 71.

97 *Langner v Germany* (n 86).

98 Yani diğer sebeplerden bağımsız.

99 *Langner v Germany* (n 86) para 47.

100 Örneğin başvuruçunun iddiaları asılsızdır ve iddialarına ilişkin bir araştırma yürütmemiştir, *ibid.* para 48.

101 Jean-Philippe Foegle, ‘Luxleaks and the Good Faith Whistleblower’ (*Verfassungsblog*, 15 November 2017) <<https://verfassungsblog.de/luxleaks-and-the-good-faith-whistleblower>> 3 Temmuz 2021 tarihinde erişildi.

102 EU Directive 2019/1937 (n 2) para 32.

103 Report by Mr Sylvain Waserman (n 3) para 57.

ve durumun böyle olmadığını kanıtlama yükünü işverene (veya AİHM önünde davalı Devlete) yükler. Bu, bilgi uçuranların korunmasına ilişkin önceki AK kararlarından önemli ölçüde sapmaz.¹⁰⁴

O halde ifade özgürlüğü perspektifinden bilgi uçuranın saiklerine başvurmayı nasıl değerlendirebiliriz? Saiklerin mi yoksa maksadın mı ifade özgürlüğü korumasını etkilediğine dair teorik bir ihtilaf vardır.¹⁰⁵ Daha kapsamlı ifade özgürlüğü içtihadında Mahkemenin uygulaması, AİHS'in 10. maddesi kapsamındaki korumadan yararlanıp yararlanmadığını belirlerken ifade sahibinin saiklerinin önemli olup olmadığı konusunda da pek bir açıklık sağlamamaktadır. Ó Fathaigh ve Voorhoof'un açıkladığı üzere¹⁰⁶ bazı davalarda Mahkeme ifade sahibinin saiklerine hiçbir önem atfetmez.¹⁰⁷ Aksine Mahkeme, sanatsal ifade¹⁰⁸ ve nefret söylemiyle¹⁰⁹ ilgili birçok davada ifade sahibinin maksadını incelemiştir.

Bu kriterin ilkeli olup olmadığını belirlemek için, Mahkemenin bunu dâhil etmesindeki mantığı incelemekte yarar vardır. Bu kriterle ilgili Mahkeme, şu anda feshedilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun (Komisyon) bir kabul edilebilirlik kararı olan *Haseldine v UK*¹¹⁰ davasına dayanmıştır. *Haseldine* davasında başvuru bir gazeteye mektup yazarak, Başbakanı diplomatik krizi idare etmesi üzerinden eleştirmiştir. Komisyon, *Haseldine*'nin nihai olarak görevden alınmasının AİHS'in 10. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir, çünkü "başvurucuyu görüşlerini ifade etme"¹¹¹ arzusundan ziyade mesleki şikâyetlerini duyurma endişesi harekete geçirmiştir". Komisyon ayrıca, "onun mesleki sadakati ile ifade etmek istediği kişisel görüşleri arasındaki uyumsuzluğa" dikkat çekmiştir.¹¹²

Bu davanın, bilgi uçuranların ifade özgürlüğünü değerlendirirken Mahkemenin ilham alması gereken uygun bir dava olup olmadığı tartışmalıdır. Kamuyu usulsüzlük hakkında ikaz eden bir çalışanın konumu, hükûmet siyaseti hakkında kişisel görüşlerini alenen ifade eden bir çalışanın konumundan farklıdır. Bilgi uçuranlar ayrı bir kişi kategorisidir. Bu makalenin saptadığı üzere, onların AİHS'in 10. maddesinin ifadeyi koruyucu çerçevesi içinde yer alması ifadedeki kitlenin menfaatine dayanmaktadır. AİHM bilgi uçuranları hükûmet siyaseti hakkındaki görüşlerini

104 Örneğin bkz. Council of Europe Parliamentary Assembly (n 64) para 6.3.

105 Örneğin, Sustain "en yüksek koruma düzeyinin, bazı konular hakkında kamusal müzakereye bir katkı olarak *planlanan* ve kabul edilen ifade olan siyasi ifadeye gittiğini" savunmuştur. Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (Free Press 1993) 130-131 (vurgu eklenmiştir.). Aksine Larry Alexander (n 25)'te Alexander, "eser sahibinin kendi ifadesiyle anlatmak istediği her ne olursa olsun, kitlenin edineceği fikirlerin farklı olması her zaman mümkün ve gerçekten oldukça muhtemeldir." diyerek eser sahibinin amacını göz önünde bulundurmaya karşı çıkmaktadır.

106 Ronan Ó Fathaigh and Dirk Voorhoof, 'Conviction for performance-art protest at war memorial did not violate Article 10' (*Strasbourgobservers*, 19 March 2018) <<https://strasbourgobservers.com/2018/03/19/conviction-for-performance-art-protest-at-war-memorial-did-not-violate-article-10>> 3 Temmuz 2021 tarihinde erişildi.

107 ibid *Sinkova v Ukraine* App no 39496/11 (ECHR, 27 February 2018)'e atıfta bulunarak.

108 Örneğin bkz. *Murat Vural v Turkey* App no 9540/07 (ECHR, 21 October 2014) para 54 and *Tatár and Fáber v Hungary* App nos 26005/08, 26160/08 (ECHR, 12 June 2012) para 39.

109 Örneğin bkz. *Perinçek v Switzerland* App no 27510/08 (ECHR, 15 October 2015) para 232. Aksine *Nix v Germany* App no 5285/16 (ECHR, 13 March 2018)'de başvurunun ihtilafli ifadeyle nefret yaymayı amaçlamadığı gerçeğinin ilgisiz olduğu tespit edilmiştir.

110 *Haseldine v United Kingdom* App no 18957/92 (EComHR, 13 May 1992).

111 ibid (vurgu eklenmiştir)

112 ibid (vurgu eklenmiştir)

alenen açıklayabilmeleri için değil demokratik süreci biçimlendiren hayati bilgileri paylaşmaları için korumaktadır. Böylece, ifade sahibin bireysel menfaatlerinin merkezde olduğu bir davadan kaynaklanan kriter (hükümetin idaresine ilişkin kişisel görüşlerini paylaşma yetenekleri), kitleden “asalak”¹¹³ bir biçimde AİHS’in 10. madde korumasını kazanan ifade sahiplerine kolayca aktarılamaz.

Bilgi uçuranların saiklerini inceleyerek Mahkeme, onların iletişimlerinin kalitesini değerlendirmekten uzaklaşır ve onun yerine ifade sahibinin niteliklerini inceler. Bu kriterin, kamunun bilgi edinmesi açısından hiçbir önemi yoktur. Bilgi uçuran, bilgilerinin kamu yararına olduğuna ilişkin kriterleri halihazırda karşılamışsa ve doğruluğunu teyit etmek için adımlar atmışsa, ölçülülüğe ek bir etken olarak bilgi uçuranların saikleri, kitleye ulaşan mesajın kalitesini artırmaz. Kitle menfaatinin AİHS’in 10. madde koruması sunmada temel gerekçelendirme olmadığı durumlarda Mahkeme, bilgi uçurma ile diğer ifade türleri arasında bir ayırım yapmamaktadır. Bilgi uçurmaya varmayan ifade söz konusu olduğunda ve ifade sahibinin menfaati yalnızca kurum menfaatleriyle dengelenecekse, ifade sahibinin kurumuna karşı sadakat yükümlülüğü, Mahkemenin başvuruçunun saiklerini incelemesi için makul bir gerekçelendirme olarak kullanılabilir.

C. BİLGİ UÇURAN KORUMASINA İLİŞKİN BİR ÖN ŞART OLARAK DİKKAT ÇEKMEK İÇİN DAHİLİ MEKANİZMALARIN KULLANIMI

Bir sonraki kriter, bilgi uçuranın yalnızca son çare olarak kamuya açıklama yapmasını gerektirir. Bilgi uçuranın bilgileri kamuya açıklamadan önce kurum içindeki dâhili mekanizmalara veya mesleki kuruluşlara başvurarak iddia edilen herhangi bir usulsüzlüğe dikkat çekmeye çalışması beklenir.¹¹⁴

Bu gereklilik endişe uyandırabilir. *Sagar*, dâhili raporlamanın üst düzey yetkililerin “suça iştirakini gizlemek veya bir skandaldan kaçınmak için”¹¹⁵ bilgi uçuranın şikâyetini baskılama ve göz ardı etmeyle sonuçlanabileceğini ileri sürmektedir. Haricî desteğin ve kamunun ilgisinin bulunmaması, usulsüzlüğü yapanlara “suçlayıcı delilleri yok etme fırsatı” vererek bilgi uçuranın misilleme tedbirlerine maruz kalabilmesi sonucunu da doğurabilir.¹¹⁶ Bu endişeler, bilgi uçurma konusunda Üye Devletlere yönelik AK tavsiye kararlarında kabul edilmektedir. Bilgi uçuranların korunmasına dair 2010 tarihli kararında AK Parlamenterler Meclisi şu hususu vurgulamıştır:

Dâhili kanalların mevcut olmadığı, düzgün çalışmadığı veya bilgi uçuran tarafından ortaya atılan sorunun doğası gereği makul olarak düzgün çalışmasının beklenmediği durumlarda, medya aracılığıyla yapılanlar da dâhil olmak üzere haricî bilgi uçurma aynı biçimde korunmalıdır.¹¹⁷

113 Bkz. (n 41)

114 Mahkeme, bu kriteri oluşturmak ve bunu kamu görevlilerinin işverenlerine karşı itidal yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul etmek için *Morissens v Belgium* (n 70)’a atıf yapar.

115 Rahul Sagar, *Secrets and Leaks: The Dilemma of State Secrecy* (Princeton University Press 2013) 133.

116 *ibid.*

117 Council of Europe Parliamentary Assembly (n 64) 6.2.3.

Yukarıda belirtilen endişelerin dışında bilgi uçuran açısından doğan bu ek gereklilik ifade özgürlüğü perspektifinden savunulabilir midir?

Bu kriteri benimseyerek Mahkeme, ifade özgürlüğü korumasından faydalanması için bilgi uçuranın takip etmek zorunda olduğu belirli bir rota tesis etmektedir. AİHM bu görevin belirli bilgi uçurma davalarında nasıl uygulanacağını değerlendirirken AK Parlamenterler Meclisinin tavsiye kararlarını yakından takip etmektedir. Dikkat çekmek için etkili dâhili yolların mevcut olmadığı durumlarda Mahkeme, açığa vurmanın gerekçelendirileceğini ve bilgi uçurana karşı yapılan misillemenin 10. maddeyi ihlal edeceğini kabul etmiştir.¹¹⁸ Benzer biçimde Mahkeme, bilgi uçuranlar bilgiyi kamuya açıklamadan önce üstlerine bilgi vermişler ancak onların endişelerini gidermek için herhangi bir işlem yapılmamışsa, onların bu şartı yerine getirdiğini düşünmektedir.¹¹⁹ Başvurucunun mevcut ve etkili mekanizmaları kullanmaması halinde bu durum, AİHS'in 10. maddesi kapsamında edindikleri korumayla ilgili olarak onların aleyhine işleyecektir.¹²⁰

Bilgi uçurana bilgi paylaşması için belirli bir istikamet göstermek, Mahkemenin AİHS'in 10. maddesi yorumuna dair yeni bir yol gibi görünmektedir. Bu yaklaşımı açıklamanın bir yolu, Mahkemenin bu kriteri getirerek, ifadenin özünü veya içeriğini değil, yalnızca iletildiği “zaman, usul ve yeri” baskıladığını farz etmektir. Özellikle gösteri ve protestolarla ilgili olarak, Mahkemenin başvurusunun AİHS'in 10. ve 11. maddeleri uyarınca belirli bir zamanda belirli bir alanda gösteri yapma veya protesto etme hakkına sahip olmadığı sonucuna varabileceği durumlarda, ifade özgürlüğü bağlamında “zaman, usul ve yer” kısıtlamaları yaygındır.¹²¹ Bu tür sınırlamalar, “fikirlerin ve bilgilerin iletilmesi için geniş alternatif kanallar bırakıldığı” sürece, ifade özgürlüğü ilkeleri altında gerekçelendirilebilir.¹²² Böylece kamu görevlisinin işverene karşı çalışan temelli yükümlülükleri, halkı bilgilendirmeden önce “usulsüzlüğü gidermek için daha ihtiyatlı araçlar”¹²³ kullanma yükümlülüğüne dönüşür.

Yine de bu yükümlülüğe aşırı derecede odaklanmak sorunlu olacaktır. Mahkeme, bilgi uçurmanın “işveren tarafından işlendiği iddia edilen yasadışı davranışa dikkat çekmek için bir çalışanın suç duyurusunda bulunmasının AİHS'in 10. maddesi uyarınca özel korumayı gerektiren bir fiil” olduğunu kabul etmiştir.¹²⁴ Kamunun ilgisini usulsüzlüğe çekmenin bu ögesi, dâhili mekanizmaları kullanma gerekliliğinin baskılayabileceği bilgi uçurmanın önemli bir boyutudur. Ancak daha pragmatik bir yaklaşım benimseyen Mahkeme, kamu otoritesine usulsüzlüğü irdeleme ve düzeltme fırsatı tanımaktadır. Mahkeme bu kritere yönelik esnek yaklaşımını sürdürdüğü sürece, bu kriterin dahil edilmesi ifade özgürlüğü perspektifinden söz konusu koruma çerçevesini zayıflatmaz.

118 Bkz. *Guja v Moldova* (n 6) paras 80-81.

119 *Matúz v Hungary* (n 50) para 47.

120 Örneğin bkz. *Soares v Portugal* (n 60) paras 47-50.

121 “Zaman, usul ve yer” kısıtlamaları ABD Yüksek Mahkemesinin Birinci Değişiklik içtihadının dikkate değer bir yönüdür. Gösterge olarak bkz. *Madsen v Women's Health Center, Inc.*, 512 U.S. 753 (1994). AİHM'deki bir örnek için bkz. *Sinkova v Ukraine* (n 99). Mahkeme, Meçhul Askerin mezarına çevre protestosu düzenleyen ve cezası ertelenen bir protestocu için AİHS'in 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bunun sebebi, “başvurucunun (...) görüşlerini ifade ettiği için mahkum edilmemesiydi. Mahkumiyeti, belirli bir yerdeki belirli bir davranışa ilişkin olması itibarıyla dardı”. para 108.

122 *Barendt* (n 21) 281.

123 *Guja v Moldova* (n 6) para 77.

124 *Langner v Germany* (n 86) para 47.

Bununla birlikte, Mahkeme bir kez daha içtihadında şu bağlantıyı kurmalıdır: bilgi uçurmanın diğer prosedürleri kullanmadığına yönelik her iddia kapsamlı bir şekilde incelenmeli ve açığa vurmadaki kamu yararına karşı dengelemelidir. Mahkeme ayrıca, dâhilî mekanizmaların ne zaman etkili olduğu konusunda Devletlerin izlemesi gereken daha açık standartlar belirleyerek de fayda sağlayabilir.¹²⁵

D. CEZANIN AĞIRLIĞI

Mahkemenin odaklandığı son kriter, bilgi uçurana uygulanan cezanın ağırlığıdır. Mahkeme önceki bilgi uçurma içtihadında usulsüzlüğü açığa vurduğu için bir kişinin işten çıkarılmasının “şüphesiz çok sert bir tedbir”¹²⁶ ve “iş hukukundaki muhtemel en ağır yaptırım”¹²⁷ olduğunu kabul etmiştir. Ancak cezanın ağırlığının değerlendirilmesinde Mahkeme, yalnızca yaptırımın başvurusunun kariyeri veya kişisel menfaatleri üzerindeki olumsuz etkisine odaklanmaz. Mahkeme, sert cezaların başkalarını usulsüzlüğü raporlamaktan vazgeçirebileceğini de dikkate almıştır.¹²⁸ Böylece Mahkeme sert cezaların “caydırıcı etkisini” de değerlendirmekte ve sert bir yaptırımın diğer potansiyel bilgi uçuranları bilgi uçurmaktan alıkoyabileceğinin de altını çizmektedir. Bu tür sert cezalar, “bir bütün olarak toplumun zararına çalışan” bilgi uçuran örneği oluşturma niyetindedir.¹²⁹ Bu sebeple söz konusu kriter, bilgi uçuranların gelecekte sessiz kalmayı seçecekleri ve böylece kitlenin “kamu yararı meselelerindeki”¹³⁰ önemli bilgilerden mahrum kalacağı endişesinin farkındadır. Bu temelde, söz konusu kriter sadece bilgi uçurma davalarında ortaya çıkmamakla birlikte¹³¹ bu kriterin çerçeveye dâhil edilmesi, Mahkemenin bilgi uçurmayı ifade olarak tanımasını destekleyen teorik gerekçelerle büyük ölçüde uyumludur.

V. BİLGİ UÇURANIN KAMUSAL GÖZLEMCİ İŞLEVİNİ DESTEKLEMEK

Yukarıdaki bölümler, Mahkemenin bilgi uçuranların kamu görevlisi olarak yükümlülük ve sorumluluklarına karşı onların yarı kamusal gözlemci işlevini tartması gerektiği durumlarda bilgi uçurma yaklaşımının özündeki gerilime dair genel bir bakış sunmaktadır. Açığa vurmanın kamu kurumuna verdiği zararı değerlendirirken Mahkeme, bilgi uçurmanın güven yükümlülüğü yerine ifadedeki kitlenin menfaatine öncelik verir. Aksine, örneğin dâhilî mekanizmaların kullanımı veya bilgi uçurmanın saikleri söz konusu olduğunda, sadakat ve itidal yükümlülükleri daha önemli kabul edilecektir.

Bu durum, Mahkemenin bilgi uçurana bir ifade sahibi olarak nasıl algıladığına dair belirsizliği vurgulamaktadır. Bilgi uçuranların ifadedeki kitlenin menfaatine yaptığı katkıya dayanarak

125 2019/1937 sayılı Direktif kapsamında bilgi uçuranların korunmasına ilişkin son AB çerçevesi, Devletlerin benimsemesi için AİHM’in esinlenebileceği çok daha net standartlar oluşturmaktadır. Bkz. AB Direktifi 2019/1937 (n 2) Madde 15(1)

126 *Guja v Moldova* (n 6) para 95.

127 *Heinisch v Germany* (n 50) para 91.

128 *ibid.*

129 *ibid.*

130 *Matúz v Hungary* (n 50) para 50.

131 Gösterge olarak bkz. *Baka v Hungary* (n 71) para 160 ve *Cumpănă and Mazăre v Romania* (n 69) para 114.

bilgi uçurmayı AİHS'in 10. maddesiyle ilişkilendirmeyi önerirken Mahkeme, belirli kriterlerin uygulanmasında bu amaçla bağdaşmayan kriterlere çok fazla vurgu yapıyor görünmektedir. Özellikle *Pasko v Russia* kararı bunun fevkalade kötü bir örneğidir.¹³² Rus bir deniz subayı olan başvuru, Japonya'ya resmi bir gezi için ülkeden ayrılmaya hazırlanırken gizli bilgiler taşırken yakalanmıştır. İddiaya göre başvuru bu bilgileri gazetecilerle paylaşmayı planlıyordu. Bilgiler, bölgedeki Rus Pasifik filosunun sebep olduğu ciddi çevre kirliliğini kanıtlamıştır. Sonuç olarak başvuru casusluk yasalarına göre hapsedilmiştir. Davaya ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme, başvuruçunun iletme girişiminde bulunduğu bilgilerdeki kamu yararına ilişkin bir değerlendirme yapmaktan kaçınmış ve bunun yerine yalnızca "başvuruçunun görevin ifasına ilişkin herhangi bir şeyle ilgili olarak özen yükümlülüğü ile bağlı olduğu" gerçeğine odaklanmıştır.¹³³ Mahkeme, başvuruçunun konumu ve bilginin (ulusal güvenlikle ilgili) doğası sebebiyle, davalı devletin başvuruçuyu hapsederek geniş takdir marjını aşmadığı sonucuna varmıştır.¹³⁴ Bu, başvuruçunun çalışan temelli yükümlülüklerinin planlı açığa vurmadaki kamu yararına yönelik her türlü mülahazayı gölgede bıraktığı uç bir örnektir.

Mahkemenin bilgi uçuranların yarı kamusal gözlemci olarak hareket ettiğini zımnen kabul etmesine rağmen bilgi uçuranlara açıkça kamusal veya sosyal gözlemci statüsü atfetmemesi de sorundur. Bu terim geleneksel olarak yalnızca gazetecilere ve basına atıfta bulunmak için kullanılırken, Mahkeme kamusal gözlemci statüsünü hükümet dışı örgütleri¹³⁵ ve "akademik araştırmacıları (...) kamuoyunu ilgilendiren meselelerde edebiyatçıları, (...) blog yazarlarıyla popüler sosyal medya kullanıcılarını"¹³⁶ kapsayacak biçimde genişletmiştir. Tüm bu kişiler, kamu yararına yönelik bilgi verir ve Mahkeme, onların ifadesine yönelik herhangi bir kısıtlamayı daha sıkı bir biçimde değerlendirmenin değerini kabul etmektedir. Bir kişiye kamusal gözlemci işlevi atfetmek hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki Mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi daha sıkı bir biçimde incelemek¹³⁷ ve bilgi uçuranların paylaştıkları bilgiye erişimde kitlenin menfaatinin önemini pekiştirmek için bunu bir temel olarak kullanmaktadır.

Bu temelde, kamu görevlisi bilgi uçuranların kamusal gözlemci statüsünü desteklemede katma değer vardır, çünkü bu, Mahkemenin çalışan olarak yükümlülüklerine nazaran onların gözlemci işlevine öncelik tanınmasına izin verecektir. Mevcut yaklaşım, ilke olarak, bu iki yarışan mülahazanın eşit güce sahip olduğunu varsaymaktadır ve hangisinin üstün geleceğine *ad hoc* temelde karar verme yetkisi Mahkemeye aittir. Bu, bir ifade biçimi olarak bilgi uçurmanın arkasındaki temel ilkeye yani ifadedeki kitlenin menfaatine yabancı hatta onu çiğneyen hususlara vurgu yapılmasına sebep olabilecek sorunlu bir başlangıç noktasıdır. Bu ilke, Mahkemenin kamu yararına yönelik bilginin dolaşımını sağlamasını gerektirir. Bir kişinin kurumuna sadakat yükümlülüğünün, kitlenin usulsüzlük hakkındaki kamu yararına olan bilgilere erişimini sınırlamak için kabul edilebilir bir gerekçe oluşturmasını önermek,

132 *Pasko v Russia* App no 69519/01 (ECHR, 22 October 2009).

133 *ibid* para 86.

134 *ibid* para 87.

135 *Magyar Helsinki Bizottság v Hungary* App no 18030/11 (ECHR, 8 November 2016) para 164.

136 *ibid* para 168.

137 *Bladet Tromsø and Stensaas v Norway* (n 70) para 59. Çeşitli kamusal gözlemcilerin rolüne genel bir bakış için bkz. Dirk Voorhoof and Hannes Cannie, 'Freedom of Expression and Information in Democratic Society: The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights' (2010) 72 *International Communication Gazette* 407.

çerçevenin tutarlılığını zayıflatmaktadır. Bu, kişinin kamusal gözlemci statüsünün, onların ifadesine yönelik herhangi bir kısıtlamayı engelleyen veya ölçülülükte hesaba katılan herhangi bir dengeleyici mülahazayı imkânsız kılan mutlakiyetçi bir yaklaşımla sonuçlanması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke basitçe, Mahkemenin ölçülülük değerlendirmesinde kullandığı herhangi bir faktörün söz konusu ifadeye sağlanan korumaların altında yatan genel ilkeyle ilgili olması gerektiğini öne sürmektedir.

Bununla birlikte, kamusal gözlemci rolünün iki ucu keskin bir kılıç olduğunu kabul etmek önemlidir. Bu durum, bir yandan bilgi uçuranlara daha fazla koruma sağladığı gibi ifade özgürlüğünü kullanmalarında onların daha büyük yükümlülük ve sorumluluklar üstlenmelerini gerektirir. Bu durum aşağıdaki bölümde irdelenen belirli endişelere yol açabilmektedir.

VI. POTANSİYEL İTİRAZLARIN İRDELENMESİ

İlk olarak, makalenin desteklediği bilgi uçurma davalarında ölçülülük yaklaşımı, bilgi uçuran korumasını işverenin zararına olacak biçimde çok ileri götürmekle eleştirilebilir. Kamu otoritesi kamu görevlisi bilgi uçuranın saiklerine meydan okuma imkânından mahrum bırakıldığında veya Mahkemenin açığa vurmanın kamu otoritesine verdiği zararı tartmasına izin verilmediğinde kamu otoritesi kendisini dezavantajlı bir konumda bulmaktadır. Çünkü kamu otoritesinin bu çerçevedeki menfaatleri ölçülülükte belirgin bir biçimde ön plana çıkmamaktadır. Sonuç olarak bu argüman altında önerilen yaklaşım, resmi bilgilerin dikkatsiz veya sırf zarar verme amacıyla açığa vurulmasını teşvik edebilir.

Ancak, makalenin desteklediği bilgi uçuranların korunması çerçevesinin kamu kurumunun menfaatlerini tamamen göz ardı ettiğini ileri sürmek doğru değildir. Açığa vurmanın kamu yararına bilgi vermek zorunda olması ve bilgi uçuranın bilginin doğruluğunu teyit etmek için makul adımlar atma yükümlülüğünün bulunması temelinde, bu menfaatler halen sırf zarar verme amaçlı bilgi sızıntılarından korunmaktadır. Bu kriterler, kitlenin menfaatine yönelik olmakla birlikte bu kriterleri sağlamayan, sırf zarar verme amaçlı açığa vurmaların korunmamasını da güvence altına alır. Aynı zamanda bu, sırf zarar verme amaçlı bilgi açığa vurmanın kurbanı olan ve usulsüzlüğe karışmamış işveren kurumun menfaatlerini de dolaylı olarak korur. Özellikle açığa vurmanın kamu yararına olması gerekliliği, kamu kurumuna açığa vurmama konusundaki menfaatinin nihai olarak üstün gelmesi gerektiğini iddia etme imkânı tanır.

Ancak bir kurum usulsüzlüğe karıştığında usulsüzlüğün kamuya duyurulmasının ardından bilgi uçuranın kuruma karşı sahip olduğu sadakat yükümlülüğünün ifadeye yönelik kısıtlamaları gerekçelendirmek için bir sebep olarak dikkate alınması mantık dışı ve ilkesizdir.¹³⁸ Buna ek olarak, dikkat çekmek ve usulsüzlükleri ele almak için sağlam dâhili yollar sağlayan kuruluşlar, belirli bir durumda haricî bilgi uçurmanın garanti edilmediğini güçlü bir biçimde öne sürebilir. Son olarak,

138 *Gartside v Outram* (1857) kararında Woods V-C'nin yaklaşımı dikkate değerdir. "Adaletsizliğin açığa vurulmasında gizli bir şey yoktur. Beni bir suçun veya dolandırıcılığın sırdaşı yapamazsınız ve sizin herhangi bir hile kastıyla ilgili olarak bana açıklamaya cesaret ettiğiniz herhangi bir sırdan dolayı dudaklarımı kapatmaya hakkınız yoktur."

çalışanın işvereni karşısındaki ast konumu¹³⁹ ve demokratik müzakere ve hesap verebilirliğe olanak sağlayan ifadenin korunmasındaki menfaat göz önünde bulundurularak, önerilen çerçeve hem bilgi uçuranın hem de işverenin dezavantajlı olmamasını sağlamak için incelikli bir yolu temsil etmektedir.

Aksine, önerilen yaklaşımın bilgi uçuranlar için çok külfetli olması ve dolayısıyla onlara daha az ayrıcalık tanınması başka bir sorun olarak ortaya çıkabilir. Bilgi uçuranların “kamusal gözlemci” statüsünün desteklenmesi, onlara aşırı sorumluluk ve beklentiler atfedilmesiyle sonuçlanabilir. Usulsüzlüğe ilişkin bilgilerle tesadüfen karşılaşabilecek bir kamu görevlisinin yarı gazeteci ve araştırmacı rolü üstlenmesini talep etmek gerçekçi olmayabilir ve bir şeyler ters gittiğinde onları daha fazla zarara maruz bırakabilir. Ayrıca bilgi uçuranlar paylaştıkları bilgilerin gerçekten kamu yararına olup olmadığını belirlemek için yeterli donanımına sahip olmayabilir.

Ancak Mahkemenin uygulaması bu sorunu zaten dikkate almaktadır. Mahkeme, bu kriterleri geliştirmek için gazetecilik içtihadına dayanmakla birlikte, gazetecileri ve bilgi uçuranları aynı standarda tabi tutmamaktadır. Bilgi uçuranın davranışı, somut olayda neyin makul olduğuna göre değerlendirilir. Bilgi uçuranın açığa vurulan bilginin doğruluğunu teyit etmek için makul adımlar atıp atmadığını belirlemek için Mahkeme, *ex post facto* bir değerlendirme yapmamaktadır. Mahkemenin de vurguladığı gibi, değerlendirme “geçmiş tecrübelerden edinilmiş bilgilerden ziyade açıklamaların [bilgi uçuran tarafından] yapıldığı andaki durumun ışığında” yapılacaktır.¹⁴⁰

AİHM, *Gawlik v Liechtenstein* davasındaki yakın tarihli kararıyla¹⁴¹ bu noktayı daha da detaylandırmıştır. Bu davadaki başvurucu, hasta bakımıyla ilgili olarak meslektaşlarına karşı, nihayetinde yanlış olduğu tespit edilen ciddi iddialarda bulduktan sonra görevden alınan bir hekimdir. Mahkeme, “söz konusu bilgilerin sonradan yanlış olduğunun kanıtlandığı veya doğruluğunun kanıtlanmadığı belirli durumlarda” 10. maddenin bilgi uçurana yine de koruyacağını vurgulamıştır.¹⁴² Bu yaklaşım, bir şeyleri yanlış anlasa dahi iyi niyetli bir bilgi uçuranın 10. madde koruması dışında tutulmamasını garanti eder. Bu sonuca varırken Mahkeme, “korumanın, yalnızca rapor veren veya bilgi açığa vuran kişinin bunların ifadesinde yanlış olması temelinde kaybedilmemesi gerektiğini” kaydeden 7 no.lu Bilgi Uçuranların Korunmasına dair Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı’na (2014)¹⁴³ atıfta bulunmuştur.¹⁴⁴ Ancak *Gawlik* davasında başvurunun erişiminin olduğu hasta dosyalarının basit bir değerlendirmesinin endişelerinin tamamen temelsiz olduğunu kanıtlayacağından hareketle, başvurunun iddialarının doğruluğunu araştırmadaki başarısızlığı fevkalade kötü bulunmuştur. Bu durum, iddiaların baştan savma ve sorumsuzca ileri sürüldüğü anlamına gelmiştir. Başvurunun iddialarının ciddiyetiyle birleştirildiğinde Mahkeme sonuç olarak bu davada 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁴⁵

139 Bkz. Davies and Freeland, *Kahn-Freund’s Labour and the Law* (3rd edn, Stevens Hamlyn Lecture Series 1983) 18.

140 *Rungainis v Latvia* (n 64) para 57.

141 *Gawlik v Liechtenstein* App no 23922/19 (ECHR, 16 February 2021).

142 *ibid.* para 75.

143 30 Nisan 2014’te Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.

144 *ibid* 22 numaralı ilke.

145 *Gawlik v Liechtenstein* (n 138) para 78.

Bu sebeple Mahkeme, bilgi uçuranların konumuna karşı hassastır ve onların erişebildikleri materyallere ve iddialarda bulunurken çıkarabilecekleri sonuçlara dayalı olarak yerine getirmeleri gereken makul beklentiler belirlemektedir.

VII. SONUÇ

AİHS 10. madde içtihadında Mahkeme, hükûmetin usulsüzlüğüne ilişkin bilgilerin yetkisiz olarak açığa vurulmasının, hükûmetin şeffaflığı ve hesap verebilirliğinin hayati bir bileşeni olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü koruması, kitlenin bilgi uçuranın açığa vurduğu bilgilere erişmesindeki menfaatinden kaynaklanmaktadır. Bunun ölçülülük açısından sonuçları vardır. Mahkeme, bilgi uçuranların bazı açılardan kamusal gözlemcilere yakın olduğunu zımnen kabul etse de yine de onların çalışan olarak yükümlülüklerine önemli ölçüde ağırlık vermektedir. Makale, bilgi uçurmanın gözlemci işlevine daha fazla vurgu yapmanın, bilgi uçuranların ifade özgürlüğünü korumanın altında yatan amacı daha iyi yansıttığını iddia etmektedir. Bu vurgu Mahkemenin kamu yararına bilgi uçurma konusunda daha ilkeli ve tutarlı bir yaklaşım sunmasına imkân verecektir.

Son bir not olarak bu makale, bilgi uçuranları hükûmetin kamuya hesap verebilirliği için ek bir mekanizma olarak görerek, eleştirisini kamu sektöründeki bilgi uçurmaya odaklamıştır. Ancak AİHM *Heinisch*¹⁴⁶ kararında AİHS'in 10. maddesinin özel hukuka tabi istihdam ilişkilerini kapsadığını vurgulamıştır.¹⁴⁷ Bu karar, Mahkemenin kriterlerini özel sektör bilgi uçuranlarına da uygulayabileceğini akla getirmektedir.¹⁴⁸ Makalenin önerdiği çerçeve bu bağlamda uygulanabilir mi? Bilgi uçurmanın 10. madde kapsamına alınmasının altında yatan gerekçe aynı kalmakla birlikte, ölçülülükte yarışan menfaatlerin dengelenmesiyle ilişkili olarak Devletlerin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki farklılıkların, önerilen çerçeveyi etkileyip etkilemediğini incelemek için daha fazla araştırma gerekebilir.¹⁴⁹ Buna ek olarak, (*Guja* davasında ve kamu görevlileriyle ilgili diğer davalarda Mahkemenin analizinin en önemli kısmı olan)¹⁵⁰ hükûmetin hesap verebilirliği ve şeffaflığı gerekliliğinin nasıl tamamen özel kurumlara aktarıldığını daha dikkatli bir şekilde belirlemek önemli olacaktır. Bütün bunlara rağmen, usulsüzlüğün özel bir kurumda meydana geldiği ve bunun açığa vurulmasının kamu yararına olduğu veya örgütün ticari menfaatlerinin usulsüzlüğün raporlanmasındaki kamu yararından daha ağır basması gerektiği durumlarda, bilgi uçuranın saikinin neden konuyla ilgili bir mülahaza olduğunu gerekçelendirmek güç olacaktır.

Teşekkür

146 *Heinisch v Germany* (n 50). Bununla birlikte bu kararda dahi Mahkeme, 71. paragrafta açığa vurmadaki kamu yararını belirlerken, söz konusu örgütün çoğunluğunun Devlete ait olduğu gerçeğine vurgu yapmıştır.

147 *ibid* para 44.

148 *ibid* para 64. Ayrıca bkz. Dirk Voorhoof and Patrick Humblet, 'The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR' in Dorsemont, Lörcher and Schömann (eds.), *The European Convention of Human Rights and the Employment Relation* (Hart Publishing 2013) özellikle bölüm 2.1.

149 Bkz. Laurens Lavrysen, *Human Rights in a Positive State* (Intersentia 2017) 233-239.

150 *Guja v Moldova* (n 6) para 74, *Matúz v Hungary* (n 50).

Yazar anonim hakemlere ve önceki taslaklardaki yorumları için Prof. Helen Fenwick, Dr Jane Rooney, Dr Mathilde Pavis, Eliza Bechtold ve Dr Philippa Collins'e minnettardır.

Menfaat Çatışması Beyannamesi

Yazar(lar) bu makalenin araştırılması, yazarlığı ve/veya yayınlanması ile ilgili olarak herhangi bir potansiyel menfaat çatışması beyan etmemiştir.

Finansman

Yazar(lar) bu makalenin araştırılması, yazarlığı ve/veya yayınlanması için herhangi bir mali destek almamıştır.

Türk Ticaret Kanunu m. 105/2 Hükmünü Milletlerarası Usul Hukuku Bakımından Münhasır Yetki Kuralı Olarak Değerlendiren Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararlarının Düşündükleri: Münhasır Yetki Kavramı Perspektifinden Bir Eleştiri*

Considerations on the Judgments of 11th Civil Chamber of the Court of Cassation Evaluating Article 105/2 of the Turkish Commercial Code as an Exclusive Jurisdiction Rule in Terms of International Procedural Law: A Critique from the Perspective of Concept of Exclusive Jurisdiction

Sibel ÖZEL**^{ID}, Can YÖNEY***^{ID}

ÖZ

Acente, müvekkili adı ve hesabına sürekli olarak sözleşmeler akdeden veya bu sözleşmelerin kurulmasına aracılık eden bağımsız tacir yardımcısıdır. Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) ayrıntılı şekilde düzenlenen acentelere kanunda tanınan yetkilerden biri de müvekkillerini davada temsil edebilmektir. TTK m. 105/2 hükmüne göre aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Hüküm ayrıca yabancı tacirler adına acentelik yapanlar bakımından özel bir düzenleme getirerek, bu acenteler hakkındaki sözleşmelerde yer alan bu hükme aykırı şartların geçersiz olacağını da öngörmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yakın tarihte verdiği çeşitli kararlarda bu hükmün milletlerarası usul hukuku anlamında bir münhasır yetki kuralı olduğunu savunmaktadır. Bu yorumun isabetli olup olmadığı meselesi, çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle TTK m. 105/2 hükmünde düzenlenen bu temsil yetkisine dair kısaca bilgi verilecek, sonrasında Yargıtay'ın söz konusu kararlarında yaptığı tespitlere değinilecek, akabinde münhasır yetki kurallarının temel özellikleri kısaca ele alındıktan sonra Yargıtay'ın yaptığı tespitlerin bu temel özelliklerle uyum arz etmediği yönündeki görüşümüz ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Acente, Acentenin temsil yetkisi, Milletlerarası usul hukuku, Münhasır yetki, Tahkime elverişlilik.

ABSTRACT

An agent is a self-employed merchant who, as a profession, enters into contracts it brokers or makes in the name and on behalf of its principal. The institution of agency is thoroughly regulated in the Turkish Commercial Code (TCC), and one of the powers granted to agents therein is the authority to represent their principals in legal proceedings. According to TCC Article 105/2, an agent can file lawsuits on behalf of its client or, conversely, be sued in the same capacity for disputes arising from the contracts

* Makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programında hazırlanan "Milletlerarası Usul Hukukunda Münhasır Yetki" başlıklı tez çalışmasından üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, sibelozel@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4027-6258.

*** Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, can.yoney@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1158-8922.

they brokered or made. The provision also introduces a specific regulation for agents acting on behalf of foreign merchants, stipulating that any terms contrary to this provision in agreements regarding these agents will be deemed invalid. The 11th Civil Chamber of the Court of Cassation has recently decided in various decisions that this provision constitutes an exclusive jurisdiction rule in terms of international procedural law. Whether this interpretation is accurate constitutes the subject of this paper. Within this framework, we will first provide brief information about the authority to represent specified under TCC Article 105/2. Subsequently, we will address the determinations made by the Court of Cassation in its decisions. Afterwards, after briefly discussing the main characteristics of exclusive jurisdiction rules, we will explain our opinion that the Court of Cassation's findings are not in line with these main characteristics.

Keywords: Agent, Agent's authority, International procedural law, Exclusive jurisdiction, Arbitrability.

I. GENEL OLARAK

Günümüzde küresel ticaretin ve buna bağlı olarak sınır aşan mal ve hizmet akışının hızlanması, tacirleri yabancı ülkelerde en düşük maliyet ve en yüksek verimle faaliyetlerini yürütecek yöntemler bulmaya yönlendirmektedir. Bu amaçla başvurulabilecek yöntemlerden biri de acentelik kurumudur. Acentelik kurumu, Türk hukukunda Türk Ticaret Kanunu (TTK)'da¹ m. 102-123 hükümleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu acente terimini doğrudan tanımlamayı da uygun görmüş ve TTK m. 102/1 hükmünde şu tanıma yer vermiştir: “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.*” Bağımsız bir tacir yardımcısı olan acentenin² TTK'ya göre sözleşme akdetme (TTK m. 107), hakkı koruyucu beyanları kabul ve müvekkili adına yerine getirme (TTK m. 105/1), müvekkilini davada temsil etme (TTK m. 105/2) ve satılanı teslim alma veya bedelini tahsil etme (TTK m. 106) gibi hak ve yetkileri bulunmaktadır.

Bu yetkilerden biri olan ve çalışmamızın konusunu oluşturan acentenin müvekkilini davada temsil etme yetkisi, TTK m. 105/2 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bu [acentenin aracılıkta bulunduğu veya yaptığı] sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına*

1 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

2 Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (17. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 198; Musa Aygül, ‘Yabancı Tacir Adına Acentenin Yaptığı Sözleşmelerdeki Tahkim Şartının Geçerliliği’ iç Metin Kıratlı, Hakkı Susmaz, Ali Yeşilirmak, Eda Manav Özdemir ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu (edr), *Tahkimde Güncel Sorunlar (V-VI)* (Cumhurbaşkanlığı Yayınları 2023) 3; Cemil Güner, ‘Türk Ticaret Kanununun “Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi”ne İlişkin Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2019) 10(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 522; Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik (TTK m. 102-123)* (Beta 2013) 4; Emre Külüşlü, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi* (On İki Levha 2020) 5; Zeynep Özgenç, ‘Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Yabancı Müvekkilini Davada Temsil Yetkisi’ (2022) 12(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 718, 721, dn. 4; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2022) 289; S. Hilal Üçüncü, ‘Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 961, 962.

dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir.” Görülebileceği üzere söz konusu düzenleme, acentenin aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili olarak müvekkili adına dava açabileceğini, kendisine karşı da müvekkiline izafeten dava açılabilirliğini düzenlemektedir. İkinci cümlede ise acentenin yabancı bir tacir adına hareket ettiği hâllerde hükme aykırı şartların geçersiz olacağı düzenlenerek hükmün yabancı tacirler özelinde emredici nitelik taşıdığı vurgulanmaktadır. Cümlenin kaleme alınış biçimi ilk bakışta böyle bir şartın yalnızca yabancı tacir ile acente arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen acentelik sözleşmesinde yer alması durumunda geçersizlik yaptırımına uğrayacağı şeklinde yorumlanabileceksi³ de konuya dair yargı kararlarında hükmün daha geniş şekilde algılandığı görülmektedir. Öyle ki aşağıda detaylı şekilde ele alacağımız Yargıtay kararlarında hüküm yabancı tacirlerin acenteler vasıtasıyla Türk müşterilerle akdettiği sözleşmelerde yer alan ve yabancı devlet mahkemelerinin yetkilendirildiği yetki şartlarını da geçersiz kılan bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir.

Madde gerekçesinde kanun koyucu tarafından da ifade edildiği üzere bu yönde bir hüküm sevk edilmesinin temel amacı, yabancı tacirlerle sözleşme akdeden Türk vatandaşlarının bu kişilere karşı Türkiye’de dava açabilmesi olanağını yaratmaktır⁴. Zira bu tür sözleşmelerden dolayı bir uyumsuzluk ortaya çıkması durumunda, adına işlem yapılan yabancı tacirin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması nedeniyle bu kişiye karşı dava açılması, bu işlemlerin tarafı olan üçüncü kişiler için zorluk yaratabilmekteydi⁵. Bu yönde bir düzenleme getirilerek Türk vatandaşlarının haklarını Türk mahkemeleri önünde arayabilmeleri mümkün kılınmıştır⁶. Ayrıca, tebligat gibi usulî işlemlerin acenteler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi sayesinde yargılamanın mümkün olan en hızlı ve düşük maliyetli şekilde yürütülmesi sağlanabilecek ve yabancı tacirin Türkiye’de mal varlığı bulunması durumunda ek bir dava yükü anlamına gelen tanıma ve tenfiz prosedürüne başvurma ihtiyacı da ortadan kalkacaktır⁷. Bu bakımdan hükmün amacının yabancı tacirlerle sözleşme akdeden Türk vatandaşlarını korumak olduğu söylenebilecektir⁸. Türk müşteriler lehine sunduğu tüm bu

3 Kaya (n 2) 60; Sıtkı Anlam Altay, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi’ iç Prof. Dr. Fırat Öztanâ Armağan (Turhan 2010) 236; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023) 533-534.

4 “Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ‘Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir’ hükmü ‘yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir’ şekline dönüştürülüp ikinci fıkraya eklenmiştir. Çünkü, maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlere aykırı şartları hükümsüz saymak yerli tacirlerin acenteleri yönünden hiçbir anlam taşımamaktadır. Yerli tacirlerin yerleşme ve iş yerleri Türkiye’de bulunduğu için yetkili bir veya birkaç mahkeme bulmak ve onları mahkemeye getirmek güç değildir. Maddenin öngörülme amacı yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmaktadır”. Gerekeç için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 05.01.2024.

5 Altay (n 3) 238; Güner (n 2) 523; Özgenç (n 2) 723; Turgut Kalpsüz, ‘Müvekkillerine İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması’ (1983) 12(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1, 2; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Bası, On İki Levha 2023) 583.

6 Kalpsüz (n 5) 2; Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996) 163.

7 Güner (n 2) 524; Özgenç (n 2) 723.

8 Güner (n 2) 523; Kaya (n 2) 61; Özgenç (n 2) 724; Cemre Tüysüz, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi’ (2021) 79(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 485, 515.

Hükmün hem Türk müşteri hem de müvekkilin haklarını koruduğu, ancak bu iki menfaat arasında ağırlığın müşterinin

avantajlarına karşın TTK m. 105/2 hükmünün yetkinin tesis ediliş biçimi ve hakkında karar verilecek olan davalıya tebligat yapılmaksızın bir yargılama yürütülmesini öngörmesi nedeniyle medeni usul hukukumuz açısından sıra dışı bir hüküm olduğunu ifade etmek gerekir⁹. Nitekim hüküm Türk hukukuna özgü nitelik taşımakta olup TTK'yi etkileyen Alman, İsviçre ve İtalyan hukuk sistemlerinde bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır¹⁰.

Söz konusu düzenlemenin acenteye tanıdığı yetkinin anlamının, acentenin davada müvekkilinin kanuni temsilcisi sıfatıyla hareket etmesi olduğu kabul edilmektedir¹¹. Bu temsil yetkisinin hukuki niteliği bakımından doktrinde kabul gören hâkim görüş ise bu yetkinin kanundan kaynaklanan bir vekâlet ehliyeti teşkil ettiği yönündedir¹². Bu çerçevede, TTK m. 105/2 hükmü kanun koyucu tarafından avukatlara müvekkilleri adına dava takibi bakımından tekel hakkı tanıyan Avukatlık Kanunu'nun¹³ “*Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler*” madde başlıklı m. 35 hükmünün bir istisnasını teşkil etmektedir¹⁴. Azınlık görüş ise bu yetkiyi vekâlet ehliyeti değil bir tebligat ehliyeti olarak yorumlamaktadır¹⁵.

Maddi hukukumuz açısından temel özelliklerine değindiğimiz TTK m. 105/2 hükmünün yabancı tacirin Türkiye'deki acentesi vasıtasıyla sözleşme akdetmesi durumunu düzenlemesi, bu hükmü milletlerarası özel hukukun kapsamına dahil etmektedir. Ancak milletlerarası özel hukuk doktrininin acentelik kurumuna ve özel olarak TTK m. 105/2 hükmüne olan ilgisinin yakın zamanda oldukça artmasına neden olan esas gelişme, Yargıtay'ın son dönemdeki bazı kararlarında söz konusu hükmü bir münhasır yetki kuralı olarak değerlendirmesi olmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kısmı yabancı tacire izafeten Türk acenteye karşı, bir kısmı ise doğrudan yabancı tacire karşı açılan davalara ilişkin olarak verdiği bu kararlarında TTK m. 105/2 hükmünün bir münhasır yetki kuralı teşkil ettiğini belirterek, yabancı tacir ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmelerde yer alan ve yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren milletlerarası yetki sözleşmelerinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Hatta Yargıtay bir kararında bir adım daha ileriye giderek TTK m. 105/2 hükmünün aynı zamanda tahkime elverişsizlik yarattığı sonucuna varmıştır. Milletlerarası usul hukukumuzda yabancı devlet mahkemeleri lehine akdedilen milletlerarası yetki sözleşmelerini geçersiz kılmak (MÖHUK¹⁶ m.

menfaatine verildiği yönünde bkz. Altay (n 3) 227.

9 Emre Esen, 'Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi' (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 581, 587.

10 Altay (n 3) 224; Güner (n 2) 523; Kalpsüz (n 5) 1; Özgenç (n 2) 722.

11 Altay (n 3) 228; Arkan (n 2) 215; Kalpsüz (n 5) 2; Kaya (n 2) 50; Külüşlü (n 2) 18; Özgenç (n 2) 721; Poroy ve Yasaman (n 2) 292; Tüysüz (n 8) 492; Üçüncü (n 2) 977; Nurcan Demirtaş, 'Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Etmesi' (2019) 5(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83, 86; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. Bası, Demir 2001) 1236; Doğuş Taylan Türkel, 'Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukuki Dinlenme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar' iç *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 1106.

12 Bu doğrultuda bkz. Altay (n 3) 229; Demirtaş (n 11) 91; Güner (n 2) 529; Kuru (n 11) 1236; Külüşlü (n 2) 18; Özgenç (n 2) 730; Poroy ve Yasaman (n 2) 295; Türkel (n 11) 1107-1108; Tüysüz (n 8) 492; Üçüncü (n 2) 977.

13 Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG 07.04.1969/13168.

14 Altay (n 3) 229; Arkan (n 2) 215, dn. 1; Demirtaş (n 11) 92; Güner (n 2) 533; Kalpsüz (n 5) 2; Kaya (n 2) 56-57; Kuru (n 11) 1236; Külüşlü (n 2) 18; Özgenç (n 2) 730; Türkel (n 11) 1197; Tüysüz (n 8) 493; Üçüncü (n 2) 977; Meral Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Hukuku* (Barış 2006) 20-21.

15 Kerim Atamer, *Türk Ticaret Hukuku Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra* (Arkan 2006) 132.

16 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG

47/1) ve yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması ve tenfizini engellemek (MÖHUK m. 54/1(b)) gibi iki önemli sonucu bulunan münhasır yetki kavramının bir sözleşmesel uyumsuzluk için kullanılması doktrinde tartışmalar yaratmıştır.

Biz de çalışmamızda Yargıtay'ın söz konusu kararlarında yaptığı tespitleri ortaya koyacak ve bu tespitleri münhasır yetki kavramı çerçevesinde değerlendireceğiz. Bu kapsamda öncelikle Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bahsi geçen kararlarına değinecek, sonrasında ise Türk hukukunda münhasır yetki kurallarının taşıdığı temel özellikleri kısaca ele alacak ve bu çerçevede TTK m. 105/2 hükmünün bir münhasır yetki kuralı olarak değerlendirilmek için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı konusundaki kanaatimizi ortaya koyacağız. Akabinde Yargıtay'ın TTK m. 105/2 hükmü dolayısıyla Türk mahkemelerinin sahip olduğu münhasır yetkinin aynı zamanda tahkime elverişsizlik yaratacağına dair tespitini özel olarak inceleyecek, en son olarak ise TTK m. 105/2 hükmüne dair genel kanaatimiz ve değişiklik önerimizi açıklayacağız. Acentenin yabancı müvekkilini temsil etme yetkisinin milletlerarası özel hukuk ve usul hukukundaki diğer görünümleri ise çalışmamızın konusu dışında kalmaktadır.

II. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NİN KONUYA İLİŞKİN YAKIN DÖNEMDE VERMİŞ OLDUĞU KARARLAR VE BU KARARLARDA MÜNHASIR YETKİYE İLİŞKİN YAPTIĞI TESPİTLER

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk kez 2020 yılında olmak üzere yakın dönemde verdiği bazı kararlarında TTK m. 105/2 hükmünü bir münhasır yetki kuralı olarak değerlendirmeye başlamıştır. Bu kararların önemli bir kısmında yabancı tacir ile Türkiye'deki muhatap arasındaki acente vasıtasıyla akdedilen sözleşmede yabancı devlet mahkemelerinin yetkisinin öngörüldüğü bir yetki şartı yer almasına karşın, muhatap tarafından yabancı tacire izafeten Türk acenteye karşı Türkiye'de dava açılmıştır. Bir kararda ise yabancı mahkeme lehine akdedilmiş yetki şartı olmasına karşın doğrudan yabancı tacire karşı açılmış bir dava söz konusudur. Yargıtay bu davalarda yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren yetki sözleşmelerine dayanarak yetkisizlik kararı veren ilk derece mahkemesi kararlarını bozmuş ve gerekçe olarak yetki sözleşmelerinin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin ihlal edilmesi nedeniyle geçersiz olmasını göstermiştir. Bir kararda ise yabancı bir ülkenin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı bir tahkim anlaşmasının da yine aynı gerekçeyle geçersiz kılındığı görülmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konuya dair kanaatini en net şekilde ifade ettiği ilk karar, E. 2019/3298, K. 2020/2018 sayılı ve 25.02.2020 tarihli kararıdır. Söz konusu kararda TTK m. 105/2 hükmünün son cümlesinde emredici nitelik taşıdığına düzenlenmiş olmasının bu hükmü bir münhasır yetki kuralı kıldığı sonucuna varılarak, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu hâllerde MÖHUK m. 47 gereği yabancı mahkemeler lehine yetki sözleşmesi akdedilemeyeceği ve bu nedenle somut olaydaki yetki sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmedilerek yetki sözleşmesinden hareketle verilen yetkisizlik kararı bozulmuştur:

12.12.2007/26728.

“Asıl ve birleşen dava, uluslararası deniz yolu ile taşıma işinden dolayı uğranılan zarara bağlı tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, asıl ve birleşen davada, davalı Mediterranean Shipping Company SA hakkında mahkemenin yetkisizliği sebebiyle usulden, MSC Gemi Acenteliği A.Ş. hakkında pasif husumet yokluğundan, Marport Liman İşletmeleri San. ve Tic. A.Ş. hakkında ise davanın esastan reddine karar verilmiştir. Davaya konu taşıma işleminde yabancılık unsuru mevcut olmakla MÖHUK’un tatbiki gerekmekte olup, bu çerçevede taraflar arasında düzenlenen konişmentolardaki yetki şartının MÖHUK ve TTK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Davalılardan MSC Gemi Acenteliği A.Ş.’nin dava konusu uyumsuzluğu doğuran taşıma işinde davalı yabancı şirketin acentesi sıfatıyla hareket ettiği sabittir. Yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar bakımından taraflar yetki sözleşmesi yapabilirlerse de, Türk mahkemelerinin MÖHUK 47. maddesine istinaden münhasır yetkisinin olduğu halde bu yönde bir sözleşme yapılması mümkün değildir. **6102 sayılı TTK’nın 105/2 maddesi son cümlesi uyarınca, yabancı tacirler hesabına acentelik yapanlar bakımından müvekkili adına Türkiye’de dava açılması halinde sözleşmedeki yetki şartının MÖHUK gereğince geçersizliği öngörüldüğüne göre, madde hükmü ile bu nitelikteki uyumsuzluk bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetki taşıdığı kabul edilmesi gerekmektedir. Buna dayalı olarak, somut olayda taraflar arasında düzenlenen konişmentolardaki yetki şartı geçersiz olduğunda davalı Mediterranean Shipping Company SA hakkında yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple temyiz eden asıl ve birleşen dava davacısı yararına bozulması gerekmiştir.**”¹⁷

Yargıtay 2020 yılında verdiği bir diğer kararında ise yine acenteye izafeten açılan bir davada TTK m. 105/2’nin son cümlesi gereği yabancı mahkeme lehine yapılan yetki sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmetmiş ve yerel mahkemece verilen yetkisizlik kararının bozulmasına karar vermiştir. Kararda TTK m. 105/2 hükmü doğrudan bir münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmemiş olmakla beraber, kararın karşı oyunda çoğunluğun bu kuralı bir münhasır yetki kuralı olarak nitelediği ve yetki sözleşmesinin geçersizliği sonucuna bu gerekçeyle varıldığı belirtilerek bu görüşe iştirak edilmediği ifade edilmiştir:

“Dava, nakliyat emtia sigorta poliçesi kapsamında meydana geldiği iddia edilen hasar bedelinin tazmini için yapılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı tarafça, hasar bedelinin tazmini için taşıyanın acentesine asaleten ve yine taşıyana izafeten acenteye husumet yöneltilmiştir. Mahkemece, yukarıda yazılı gerekçe ile mahkemenin yetkisizliği ile davanın usulden reddine karar verilmiş, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince de davacı vekilince yapılan istinaf isteminin esastan reddine karar verilmiştir. Ancak, 6102 sayılı TTK’nın 105. maddesinin 2. fıkrası “Bu sözleşmelerden doğacak uyumsuzluklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir.” hükmünü haiz olup, madde hükmü uyarınca yabancı tacirler adına acentelik yapan kişiler ve şirketlere temsil ettiği tacirler bakımından izafeten dava açılabilir olup, bunun aksine düzenlemeler geçersizdir. Bu durumda **somut uyumsuzluğa gelindiğinde davacı tarafça**

17 Yargıtay 11 HD, E 2019/3298 K 2020/2018, 25.02.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

acenteye de husumet yöneltildiğine göre konişmentoda yer alan yetki şartının anılan madde hükmüne göre geçersizdir. Buna göre mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün re'sen bozulmasına karar vermek gerekmiştir. (...) KARŞI OY: 6102 sayılı TK 105/2. maddesi Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisini değil, yabancı şirketlerin Türkiye'deki temsilcilerine, şirketi temsilen Türkiye'de dava açılabilmesini düzenlemiştir. Bu nedenle anılan hükmün Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisini düzenlediği ve dolayısıyla yabancılık unsuru bulunan sözleşmedeki yabancı mahkemenin yetkisini kabul eden, yetki şartının geçersiz olduğu yönündeki sayın çoğunluğun görüşüne katılmamaktayım.”¹⁸

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, doğrudan yabancı tacire karşı açılan davaya ilişkin olarak verdiği bir kararında da sözleşmenin acente aracılığıyla akdedilmesi gerekçesiyle yine TTK m. 105/2 hükmünü uygulamıştır. Daire, bu hükmün lafzı ve madde gerekçesi değerlendirildiğinde bir münhasır yetki kuralı olduğunun anlaşıldığına ve bu nedenle de dava izafeten acenteye karşı açılmamış olsa dahi yetki sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmederek ilk derece mahkemesince verilen yetkisizlik kararını bozmuştur:

“Davaya konu taşıma işleminde yabancılık unsuru mevcut olmakla MÖHUK'un tatbiki gerekçesinde olup, bu çerçevede taraflar arasında düzenlenen konişmentolardaki yetki şartının MÖHUK ve TTK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından taraflar yetki sözleşmesi yapabilirlerse de, MÖHUK 47/1 maddesi uyarınca, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldıran sözleşme yapılması mümkün değildir. Kanun koyucu MÖHUK 54/1-b maddesi ile, Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine giren bir konuda verilen yabancı mahkemece karar verilmesini tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 105/2 maddesi uyarınca, yabancı tacirlerin Türkiye'deki acentelerinin aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar yönünden acente, müvekkiline izafeten onun nam ve hesabına dava açabileceği gibi, müvekkiline izafeten acente aleyhine de dava açılabilir. Kanun'da açıkça, sözleşmelerde, bu hükme aykırı sonuç doğuracak şartların geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. (...) Gerek Kanun'da yer alan düzenlemelerden, gerekse de Kanun gerekçelerinden, kanun koyucu tarafından, yabancı tacirlerin Türkiye'deki acenteleri aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak ihtilaflar yönünden dava ister izafeten acente aleyhine açılsın, isterse sözleşmenin tarafı aleyhine açılsın, bu tarz uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerine milletlerarası münhasır yetki tanındığı anlaşılmaktadır. Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı şirketin Türkiye'deki acentesi Maersk Denizcilik A.Ş aracılığıyla yapılan taşıma sözleşmesine ilişkin olup, konişmentonun da acente tarafından düzenlendiği dikkate alındığında, dava yerleşim yeri yurt dışında olan davalıya karşı açılmış olsa dahi Türkiye'deki acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmesine istinaden düzenlenen konişmentoya konulan uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesine dair yetki şartının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldırır nitelikte olması nedeniyle

18 Yargıtay 11 HD, E 2019/293 K 2020/953, 05.02.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

*geçersiz olduğundan mahkemece eksik ve hatalı değerlendirme sonucu yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış ve kararın bu sebeple davacı yararına bozulması gerekmiştir.*¹⁹

11. Hukuk Dairesi'nin verdiği kanımızca en ilginç karar ise 2022 yılında verilmiştir. Bu kararda TTK m. 105/2 hükmünün bir münhasır yetki kuralı olduğu yönündeki tespit bir adım daha öteye gidilerek tahkim anlaşmalarını da kapsamına alacak şekilde yorumlanmıştır. Değindiğimiz bir önceki karardaki tespitlerin önemli ölçüde tekrarına yer verilen bu kararda, önceki karardan farklı olarak yabancı tacir ile Türkiye'deki muhatap arasındaki sözleşmede bir tahkim şartı yer almaktadır. Yargıtay tarafından bu şart isabetsiz şekilde bir yetki sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve şartın geçerliliği MÖHUK m. 47 hükmüne tâbi kılınmıştır. TTK m. 105/2 hükmünün de lafzı ve gerekçesi değerlendirildiğinde bir münhasır yetki kuralı olduğu sonucuna varan Yargıtay, bu nedenle Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldıran ve tahkime elverişsiz olan bu tahkim şartının geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Karar, konuyla doğrudan ilgisi bulunmamasına karşın iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır nitelik taşıdığı ve Türk hukukunda münhasır yetki kuralları kanun koyucu tarafından açık bir şekilde düzenlenmemiş olmasına karşın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kanunla belirleneceği yönünde tespitler içermesi açısından da ayrıca ilginçtir:

“Davacı firma ile davalı CoscoShipping Co Ltd. şirketi arasında imzalanan anlaşmanın 30. maddesinde “... Tahkim yeri Londra'dır ve İngiliz kanunları uygulanacaktır.” şeklinde yetki sözleşmesi (...) bulunduğundan (...) davalı Cosco Shipping Co. Ltd.'ye izafeten acentesi Cosco Cosco Denizcilik ve Dış Tic. A.Ş. aleyhine açılmış olan davanın MÖHUK 47. maddesi uyarınca yetkisizlik nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir. (...) Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davaya konu taşıma işleminde yabancılık unsuru mevcut olmakla MÖHUK'un tatbiki gerekmede olup, bu çerçevede taraflar arasında düzenlenen konişmentolardaki yetki şartının MÖHUK ve TTK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından taraflar yetki sözleşmesi yapabilirlerse de, MÖHUK 47/1 maddesi uyarınca, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldıran sözleşme yapılması mümkün değildir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin geçerli olduğu haller kanunla belirlenir. MÖHUK 47/2. maddesinin atfıyla iş, tüketici ve sigorta sözleşmesinden kaynaklı yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk mahkemeleri münhasır yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. Ancak, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi başka kanunlarca da belirlenmiş olabilir. Kanun koyucu MÖHUK 54/1-b maddesi ile Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine giren bir konuda verilen yabancı mahkemece karar verilmesini tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. Kanun koyucunun mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesini istediği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu söylemek de mümkün değildir. 6102 sayılı TTK'nın 105/2 maddesi uyarınca, yabancı tacirlerin Türkiye'deki acentelerinin aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar yönünden acente, müvekkiline izafeten onun nam ve hesabına dava açabileceği gibi, müvekkiline izafeten acente aleyhine de

19 Yargıtay 11 HD, E 2019/3799 K 2020/3051, 22.06.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

dava açılabilir. Kanun'da açıkça, bu hükme aykırı sonuç doğuracak sözleşme şartlarının geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. (...) **Gerek Kanun'da yer alan düzenlemelerden, gerekse de Kanun'un gerekçelerinden, kanun koyucu tarafından, yabancı tacirlerin Türkiye'deki acenteleri aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak ihtilaflar yönünden dava ister izafeten acente aleyhine açılışın, isterse sözleşmenin tarafı aleyhine açılışın, bu tarz uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerine milletlerarası münhasır yetki tanıdığı anlaşılmaktadır.** Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı şirketin Türkiye'deki acentesi Cosco Denizcilik ve Dış Tic. A.Ş. aracılığıyla yapılan taşıma sözleşmesine ilişkin olup, **dava yerleşim yeri yurt dışında olan davalıya karşı açılmış olsa dahi Türkiye'deki acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmesine istinaden uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesine dair yetki şartının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldırır nitelikte olması ve tahkime elverişsiz bulunması nedeniyle geçersiz olduğundan** mahkemeye eksik ve hatalı değerlendirme sonucu yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış ve kararın bu sebeple davalı yararına bozulması gerekmiştir.”²⁰

III. MÜNHASIR YETKİ KURALLARININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

Değindiğimiz tüm bu kararlarda görülebileceği üzere Yargıtay 11. Hukuk Dairesi TTK m. 105/2 hükmünü milletlerarası usul hukuku anlamında bir münhasır yetki kuralı olarak nitelemektedir. Bu nitelemeye dair görüşlerimizi ortaya koymadan önce hukukumuzda münhasır yetki kurallarının taşıdığı temel özellikleri kısaca ortaya koymakta fayda görüyoruz. Münhasır yetki kuralları, milletlerarası yetki alanında kabul edilen yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlık hakkında birden fazla devlet mahkemesinin yetkili olabileceği anlayışının istisnasını teşkil eden, istisnai nitelikte bir milletlerarası yetki kuralı türü olarak tanımlanabilir²¹. Bu tür kurallar, devletlerin münhasıran kendi mahkemelerini yetkilendirdiği ve diğer devlet mahkemelerinin kendilerine tesis ettikleri yetkiye etki tanımayacağını kabul ettiği milletlerarası yetki kurallarıdır²². Münhasır yetki kuralları, uyuşmazlıkların muhakkak *forum* mahkemelerinde görülmesi amacıyla sevk edilmekte ve bu amacı temin için *forum* ülkesinde yetkili bir mahkemeyi her halükârda hazır tutmaktadırlar²³.

20 Yargıtay 11 HD, E 2020/8347 K 2022/3672, 09.05.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

21 Bérengère Archinard-Greil, 'Lois de police et conflits de juridictions (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)' (PhD thesis, Université Jean Moulin (Lyon 3) 2017) 384; Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn, Informa Law 2015) 119; Diego P. Fernández Arroyo, 'Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales' (2006) 323 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 9, 37; Nikoleta Georgakoudi N, 'Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: Étude de droit international privé' (PhD thesis, Université Paris I Panthéon-Sorbonne 2021) 41.

22 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 5) 630-631; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat 2020) 203; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021) 750; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta 2021) 490.

23 Akıncı, *MÖH* (n 22) 203; Çelikel ve Erdem (n 22) 609; Nomer (n 22) 525; Sargın (n 6) 152; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 3) 679; Tüysüz (n 8) 506; Ebru Akduman, 'Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi' (2020) 15(163) *Terazi Hukuk Dergisi* 466, 467; Cemile Demir Gökyayla, *Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Vedat 2021) 23; Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018) 135; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Bası, Savaş 2022) 73; Mustafa Erkan, 'Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki' (2012) 20(1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 38; Begüm Süzen, *Tanma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren*

Münhasır yetki kuralları milletlerarası yetki kurallarının bir türü olduklarından yabancı devlet mahkemelerinin söz konusu uyuşmazlık bakımından yetki tesisine herhangi bir etki tanınmaması sonucunu doğurdıkları kadar, düzenledikleri uyuşmazlık türü bakımından *forum* mahkemelerini yetkilendirme işlevini de görmektedirler. Münhasır yetki kurallarının Türkiye’de bir mahkemeyi ilgili uyuşmazlık bakımından hazır tutmak için başvurduğu yöntem, içerdiği yetki kriterinin mutlaka bir Türk mahkemesine işaret etmesidir²⁴. Bir başka deyişle, bir yetki kuralının kapsamına giren her türlü uyuşmazlık bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi söz konusu değilse, o yetki kuralının münhasır yetki kuralı olmadığı anlaşılacaktır.

Münhasır yetki kurallarının diğer milletlerarası yetki kurallarından ayrılmasını sağlayan ve devletlerce bu tür kurallar sevk edilmesinin başlıca sebebi olan husus, devletin egemenlik hakkıdır²⁵. Nitekim Yargıtay da pek çok kararında münhasır yetki kurallarını tanımlarken devletin egemenlik hakkına atıfta bulunmaktadır: “*Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır*”²⁶. Bu durumun temel gerekçesi, münhasır yetki kurallarına sıklıkla devletin devlet olma vasfıyla doğrudan bağlantılı uyuşmazlık türlerinde başvurulmasıdır. Zira devletlerin münhasır yetki kurallarıyla düzenledikleri alanlar, genel olarak devletin temel yapısı, iç organizasyonu ve bunların işleyişini düzenleme yetkisiyle doğrudan bağlantılı, devletin bir kamu tüzel kişisi olarak varlığını etkileyen alanlardır²⁷. Bu bakımdan, bir milletlerarası yetki kuralının aynı zamanda münhasır yetki kuralı niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde egemenlik kriteri göz önünde bulundurulmalı ve bu kriter münhasır yetki kurallarının istisnai niteliği gereği dar yorumlanmalıdır²⁸. Bu çerçevede, devletin egemenliğinin bir görünümü olduğu düşünülen

Mahkemenin Yetkisinin Denetimi (On İki Levha 2016) 6-7.

- 24 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 5) 630; Sargın (n 6) 152; Süzen (n 23) 7; Emre Esen, ‘Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı’ (2011) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 183, 193; Burak Huysal ve Begüm Şermet Süzen, ‘Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin İncelenmesi’ iç Süheyla Balkar Bozkurt (ed), *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (On İki Levha 2018) 47; Sibel Özel, ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44’ (2019) 14(179-180) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1351, 1374.
- 25 Archinard-Greil (n 21) 344; Fernández Arroyo (n 21) 82; Georgakoudi (n 21) 47; Akduman (n 23) 468; Demirkol (n 23) 136; Süzen (n 23) 9; Dominique Bureau and Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I: Partie générale (4th edn, Puf 2017) 99; Laurence Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé* (Economica 2008) 271; Aşenur Öztürk, ‘ABD, İsviçre ve Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakkına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği’ iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim (edr), *Milletlerarası Tahkim ve Usul Hukukuna İlişkin Güncel Meseleler* (On İki Levha 2022) 19.
- 26 Yargıtay 18 HD, E 2012/12365 K 2013/483, 17.01.2013; Yargıtay 18 HD, E 2013/18352 K 2014/4459, 11.03.2014; Yargıtay 18 HD, E 2013/16914 K 2014/5145, 20.03.2014; Yargıtay 18 HD, E 2013/19774 K 2014/6261, 07.04.2014; Yargıtay 18 HD, E 2014/13941 K 2014/15498, 04.11.2014; Yargıtay HGK, E 2013/1628 K 2015/894, 04.03.2015; Yargıtay 18 HD, E 2015/5194 K 2015/18432, 14.12.2015; Yargıtay 18 HD, E 2016/3763 K 2016/6542, 25.04.2016; Yargıtay 8 HD, E 2017/2899 K 2017/11513, 26.09.2017; Yargıtay 8 HD, E 2017/6212 K 2017/13546, 24.10.2017; Yargıtay 8 HD, E 2017/6589 K 2017/15189, 14.11.2017; Yargıtay 8 HD, E 2017/8099 K 2018/405, 15.01.2018; Yargıtay 8 HD, E 2017/6609 K 2018/1418, 25.01.2018; Yargıtay 20 HD, E 2018/5596 K 2018/7557, 26.11.2018; Yargıtay HGK, E 2017/1924 K 2019/1060, 15.10.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.
- 27 Archinard-Greil (n 21) 346; Bureau and Muir Watt (n 25) 99; Fernández Arroyo (n 21) 82; Georgakoudi (n 21) 53.
- 28 Briggs (n 21) 92; Fernández Arroyo (n 21) 117; Georgakoudi (n 21) 72.

taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıklar²⁹, kamu makamları tarafından tutulan tapu sicili, sınai hak sicilleri, ticaret sicili gibi resmi sicillerdeki kayıtların geçerliliğini konu alan uyuşmazlıklar³⁰ ile icra ve iflas daireleri, fikri mülkiyet ofisleri ve sicil tutan makamlar tarafından yürütülen kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetler esnasında alınan kararların veya faaliyetlerin sonuçlarının geçerliliğini konu alan uyuşmazlıklar³¹ bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır nitelik taşıdığı kabul edilmelidir.

Münhasır yetki kurallarının sahip olduğu en belirleyici özelliklerinden biri, milletlerarası yetki ile uygulanacak hukuk arasında uyum sağlanması amacına hizmet etmesidir. Münhasır yetki kurallarının devlet egemenliğini ve kamu menfaati anlayışını yansıtmaması, bu kuralları sevk eden devletler açısından kuralın konusunu oluşturan uyuşmazlıkların taşıdığı önemi göstermektedir. Devletlerin uyuşmazlık konusuna atfettiği bu önem, kendisini muhakkak uygulanacak hukuk alanında da gösterecektir³². Gerçekten de bir devletin kendi menfaatini gözeterek düzenleme yoluna gittiği bir uyuşmazlık türünde, hedeflediği amaca uygun sonuçlar doğacağından emin olabilmesi, doğal olarak ancak içeriğinden tamamen emin olabileceği tek hukuk olan kendi maddi hukukunun bu tür uyuşmazlıklara uygulanmasıyla mümkün olabilmektedir³³. Zira bir devlet bir uyuşmazlık türüyle olan bağlantısının söz konusu uyuşmazlığın münhasıran kendi mahkemelerinde görülmesini zorunlu kılacak kadar güçlü olduğunu kabul ediyorsa, aynı bağlantıyı uygulanacak hukuk bakımından da kurmaması tutarsızlık teşkil edecektir³⁴. Öyle ki devletlerin münhasır yetki kuralları sevk etme gerekçelerinin başında, bir uyuşmazlığa muhakkak kendi maddi hukuklarının uygulanmasını istedikleri hâllerde uyuşmazlığın yalnızca kendi mahkemelerinde görüleceğini öngörerek bu sonucu garanti altına almak gelmektedir³⁵. Bu nedenle, münhasır yetki kurallarıyla düzenlenen bir alanda uygulanacak hukukun da *lex fori* olması en doğal ve uygun çözüm yoludur.

Bu durumun bir diğer sonucu da hukuk seçimi imkânının münhasır yetki kurallarının yapısıyla bağdaşmamasıdır. Tarafların hukuk seçimi yaparak uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilme imkânına sahip olmaları, somut olayda yabancı bir devletin hukukun uygulanmasının mümkün olduğu anlamına gelecektir. Bu durum da söz konusu devlet açısından ilgili uyuşmazlık bakımından *lex fori*'nin uygulanmasını gerektirecek denli güçlü bir kamusal menfaatin bulunmadığını gösterecektir. O halde, bir hukuki ilişki veya işleme uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralında taraflara

29 Akduman (n 23) 468; Akıncı, *MÖH* (n 22) 123; Çelikel ve Erdem (n 22) 610; Demir Gökyayla (n 23) 23; Demirkol (n 23) 137-138; Doğan (n 23) 60; Erkan (n 23) 13-14; Esen, *Münhasır Yetki* (n 24) 188; Huysal ve Şermet Süzen (n 24) 51; Kuru (n 11) 5779; Nomer (n 22) 460; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 5) 594; Sargın (n 6) 161-162; Süzen (n 23) 35; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 3) 490; Tüysüz (n 8) 497; Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020) 78.

30 Demirkol (n 23) 147; Süzen (n 23) 24; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 3) 498.

31 Archinard-Greil (n 21) 346; Fernández Arroyo (n 21) 106; Georgakoudi (n 21) 48; Huysal ve Şermet Süzen (n 24) 54; Süzen (n 23) 23.

32 Fernández Arroyo (n 21) 116; Süzen (n 23) 10.

33 Usunier (n 25) 299.

34 Fernández Arroyo (n 21) 116; Süzen (n 23) 10, dn. 19.

35 Archinard-Greil (n 21) 385; Bureau and Muir Watt (n 25) 99; Fernández Arroyo (n 21) 83; Usunier (n 25) 271; Akduman (n 23) 467; Huysal ve Şermet Süzen (n 24) 48; Süzen (n 23) 10.

hukuk seçimi yapabilme imkânı tanınmışsa, söz konusu ilişki veya işlemde doğan uyumsuzluklar bakımından *forum* mahkemelerinin münhasır yetkili olmadığı sonucuna varılmalıdır³⁶.

IV. MÜNHASIR YETKİ KURALLARININ TEMEL ÖZELLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE TTK M. 105/2 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer verdiğimiz kararlarında acenteler aracılığıyla akdedilen sözleşmelerde yer alan yetki şartlarını TTK m. 105/2 hükmünü bir münhasır kuralı değerlendirmek suretiyle geçersiz kılması, son yıllarda milletlerarası usul hukuku doktrininin de dikkatini çekmiş ve ortaya konan pek çok çalışmada bu yaklaşım eleştirilmiştir³⁷. Hükmün milletlerarası usul hukukundaki işlevini farklı açılardan inceleyen tüm bu eserlerde varılan ortak sonuç, TTK m. 105/2 hükmünün bir münhasır yetki kuralı olmadığı yönündedir. Bu görüşe biz de iştirak ediyor ve hükmün milletlerarası usul hukuku bakımından bir münhasır yetki kuralı teşkil etmediğini düşünüyoruz. Bu görüşümüz temel olarak dört gerekçeye dayanmaktadır.

İlk olarak, TTK m. 105/2 hükmünün bir münhasır yetki kuralı olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle yetki kuralı vasfını taşıması gerekmesine karşın bu şart sağlanmamaktadır; zira hüküm bir yetki kuralı değildir³⁸. Doktrinde de belirtildiği üzere madde metninde yerleşim yeri, iş yeri gibi belirli bir yere işaret eden herhangi bir coğrafi kriter bulunmamakta ve Türk mahkemelerinin bu hükümden hareketle milletlerarası yetkisi Türk acenteye bağlı olarak genel ve özel yetki kurallarından hareketle tesis edilmektedir³⁹. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yetki kuralı olmayan bu hükmün doktrinde ağırlıklı olarak vekâlet ehliyetine ilişkin bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan, söz konusu düzenleme herhangi bir yetki kriteri içermediğinden, münhasır yetki kurallarının temel özelliklerinden biri olan mutlaka bir Türk mahkemesine işaret etme şartını sağlamamaktadır.

İkinci olarak, kanun koyucunun TTK m. 105/2 hükmünü sevk etme amacı, Türkiye'de acenteler vasıtasıyla faaliyet gösteren yabancı tacirlere karşı Türkiye'de dava açılabilmesini mümkün kılmaktır. Nitekim madde gerekçesinde de bu durum "*maddenin öngörülme amacı yabancı tacirlere Türkiye'de dava açılması olanağını yaratmaktadır*" denilerek ifade edilmiştir. Buradan anlaşılan, hükmün Türk vatandaşlarına Türk mahkemelerinde dava açabilmek şeklinde bir ek imkân getirmeyi hedeflediğidir. Bir başka deyişle, hükmün davacının sahip olduğu diğer seçenekleri ortadan kaldırmak gibi bir gayesi bulunmamaktadır. Halbuki bir milletlerarası yetki kuralının aynı zamanda münhasır yetki kuralı olduğunun kabul edilmesi, *forum* devletinin o yetki kuralının kapsamına giren uyumsuzluklar bakımından yabancı devlet mahkemelerinin yetki kullanmasını kabul edilemez gördüğü anlamına gelmektedir. O hâlde ilgilendirdiği uyumsuzlukların muhakkak *forum* mahkemelerinde görülmesini

36 Fernández Arroyo (n 21) 116.

37 Aygül (n 2) 15; Demir Gökyayla (n 23) 287-288; Esen, 'Acente' (n 9) 596; Küllüslü (n 2) 80-81; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 3) 533-534; Tüysüz (n 8) 507.

38 Aygül (n 2) 8; Esen, 'Acente' (n 9) 598; Güner (n 2) 532; Özgenç (n 2) 750; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 3) 475-476.

Hükmü acentenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılmasında imkân tanıyan bir yetki kuralı olarak değerlendiren aksi görüş için bkz. Akıncı, *MÖH* (n 22) 121; Nomer (n 22) 466.

39 Aygül (n 2) 8; Güner (n 2) 532; Özgenç (n 2) 750.

sağlama amacını gütmeyen bu düzenlemenin bir münhasır yetki kuralı olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir⁴⁰.

Dahası, amacı Türkiye’de dava açılabilmesini temin etmek suretiyle yabancı tacirlerle sözleşme akdeden Türk vatandaşlarını korumak olan bir düzenlemenin münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmesi hükmün var oluş sebebine de hizmet etmeyecektir. Zira yukarıda ele aldığımız Yargıtay kararlarının hepsi esas hakkında Türkiye’de dava açıldığı örnekler olsa da bir hükmün münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmesi durumunda bu hüküm hilafına yabancı devlet mahkemelerinde verilen kararların Türkiye’de tanınması veya tenfizi de mümkün olmayacaktır (MÖHUK m. 54/1(b)). Bu durumda Türk vatandaşlarının yabancı tacirle aralarındaki sözleşmede yer alan milletlerarası yetki şartına dayanarak yabancı bir devlet mahkemesinde dava açıp lehine bir karar alması durumunda bu karara Türk mahkemelerince etki tanınmayacaktır. Böyle bir sonuç yabancı tacirlerle sözleşme akdeden Türk vatandaşlarını korumayacağı gibi yeniden Türkiye’de dava açmak suretiyle bir kez daha zaman ve para harcamalarını gerektirerek tam tersine hak kaybına uğramalarına neden olacaktır.

Üçüncü olarak, acente vasıtasıyla akdedilmiş dahi olsa en nihayetinde sözleşmesel nitelik taşıyan ve devlet egemenliğini ilgilendirmeyen bir uyuşmazlık bakımından münhasır yetki öngörülmesi, münhasır yetki kavramının varlık sebepleriyle bağdaşmamaktadır. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda birden fazla devletin mahkemelerinin yetkili olabileceği yönündeki genel anlayışın istisnasını oluşturan münhasır yetki kurallarına başvurulabilmesi için haklı bir sebep bulunmalıdır. Devletin egemenliği ve devletin devlet olması gereği yürüttüğü kamusal faaliyetler üzerindeki hâkimiyetiyle herhangi bir bağlantısı olmayan, sözleşmenin Türk vatandaşı tarafını koruma hedefi de bu genel anlayıştan sapmak için yeterli bir gerekçe değildir.

Ayrıca, bir yabancı tacir ile Türk vatandaşı arasında herhangi bir acente kullanılmadan yapılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından münhasır yetki söz konusu değilken, aynı sözleşmenin bir acente aracılığıyla yapılması durumunda sözleşmenin Türk vatandaşı tarafını korumak amacıyla Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olmasının kabulü makul de görünmemektedir. Ticari nitelikte bir uyuşmazlık bakımından münhasır yetkiden söz edilmesi nasıl münhasır yetki kavramının yapısına uygun değilse, aynı sözleşmenin acente vasıtasıyla akdedilmesi durumunda da farklı bir yorum yapılması mümkün değildir. Zira sözleşmenin acente vasıtasıyla akdedilmesi ile akdedilmemesi arasında böyle bir fark yaratılması, münhasır yetkinin kabulünü haklı çıkaran herhangi bir sebeple örtüşmemektedir⁴¹.

Son olarak ise yabancı tacirler adına hareket eden acentelerin aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelere uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olmasının mümkün olması da bu hükmün bir münhasır yetki kuralı olmayacağını göstermektedir. Münhasır yetki kurallarının devletin egemenliğini ve kamu menfaatini yansıtmaları dolayısıyla, bu durum söz konusu uyuşmazlıkların devlet açısından taşıdığı önem karşısında uygulanacak hukuk alanında da kendisini gösterir ve bu nedenle münhasır yetki kurallarının uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından *lex*

40 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 3) 533; Tüysüz (n 8) 507.

41 Aygül (n 2) 13.

fori'nin uygulanması bu kuralların yapısına uygun olan çözümdür. Ancak TTK m. 105/2 hükmünün kapsamına giren sözleşmesel ilişkilerde bu düşüncenin hiçbir yansıması yoktur. Öyle ki gerek acente ile yabancı tacir arasındaki acentelik sözleşmesi gerekse de yabancı tacir ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmelere uygulanacak hukuk sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan MÖHUK m. 24'e tâbidir. Dolayısıyla her iki sözleşme bakımından da hem tarafların hukuk seçimi yapması hem de objektif bağlama kuralının işaret etmesi suretiyle sözleşmelerin Türk hukuku dışında yabancı bir hukuka tâbi olması mümkündür. Bu durum da TTK m. 105/2'nin bir münhasır yetki kuralı olmadığını göstermektedir.

V. TTK M. 105/2 HÜKMÜNÜN MÜNHASIR YETKİ KURALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİNE AYNI ZAMANDA TAHKİME ELVERİŞSİZLİK SONUCU BAĞLANMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yukarıda andığımız 2022 tarihli kararında bir uyuşmazlık türü bakımından Türk mahkemelerine münhasır yetki tanınmasının aynı zamanda tahkime elverişsizlik sonucu yaratacağı sonucuna varmıştır⁴². Yargıtay, söz konusu kararında TTK m. 105/2 hükmünü bir münhasır yetki kuralı olarak nitelemiş ve bu doğrultuda, bu münhasır yetki kuralını ihlâl eden bir tahkim şartına dayanarak ilk derece mahkemesince verilen yetkisizlik kararını uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olması nedeniyle bozmuştur. Daire'nin bu sonuca varırken “*Kanun koyucunun mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesini istediği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu söylemek de mümkün değildir*” gerekçesinden hareket ettiği görülmektedir.

Yargıtay'ın münhasır yetkiye doğrudan tahkime elverişsizlik sonucunu bağlayan bu yaklaşımı, esasen bir süredir Türk doktrininde de bazı yazarlarca savunulmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, devletlerin tahkimi engellemek amacıyla kullandığı yöntemlerden biri münhasır yetki kurallarıdır ve münhasır yetki kuralları düzenledikleri uyuşmazlıkları tahkime elverişsiz hâle getirebilirler⁴³. Bir yazar ise Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konuların kesin olarak tahkime elverişli olmadığını ileri sürmekte ve örnek olarak kira sözleşmeleri, fikri hakların geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıklar ile sigorta, iş ve tüketici sözleşmelerini vermektedir⁴⁴.

Biz bu görüşe iştirak etmiyoruz. Zira münhasır yetki ve tahkime elverişlilik, farklı kriterlerden hareket eden kurumlardır. Örneğin, Türk hukukunda tahkime elverişlilik bakımından esas alınan temel kriter, MTK⁴⁵ m. 1/4 ve HMK⁴⁶ m. 408 hükümlerinde “*iki tarafın iradelerine tâbi olma*” olarak belirlenmiştir. Ancak bu kriter, münhasır yetki kurallarının tespiti açısından başvurulabilecek

42 Yargıtay 11 HD, E 2020/8347 K 2022/3672, 09.05.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

43 Aygül (n 2) 11; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010) 255; Hüseyin Akif Karaca, ‘Tahkime Elverişlilik: Rekabet, İflas ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları’ iç Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş (edr), *Tahkim Anlaşması*, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. 1 (On İki Levha 2020) 398.

44 Seden Dürüstkan, ‘Yabancı Hakem Kararlarında Kamu Düzeni Kavramı’ (2023) 25(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421, 440.

45 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453.

46 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

nitelikte bir kriter değildir. Zira münhasır yetki bakımından önem taşıyan husus, uyumsuzluk konusunun devletin egemenliği ve devletin devlet olma vasfıyla bağlantılı olup olmadığıdır. İki tarafın iradelerine tâbi olma veya olmama ile devletin egemenliğiyle bağlantı kriterleri, birbirinden farklı anlamlara gelmekte ve bu iki kurum arasında sistematik bir örtüşme söz konusu olmadığını göstermektedir. Tahkime elverişlilik uyumsuzluğun her iki tarafının da tahkime başvurma yönündeki iradelerinin varlığını esas alırken, münhasır yetki kuralları taraf iradesiyle değil devletin egemenliğiyle ilgilenebilir. Münhasır yetki kurallarının milletlerarası yetki sözleşmesi akdetmeyi engellemek suretiyle taraf iradesini kısıtlaması da bu sonucu değiştirmemektedir, zira bu durum kuralların dayandığı kriter değil yarattığı sonuçtur.

Somut örnekler incelendiğinde de bu farklılık açık bir şekilde görülebilmektedir. Örneğin iki tarafın iradelerine tâbi olmayan aile hukuku veya kişiler hukuku uyumsuzlukları tahkime elverişsiz olmalarına karşın, bu tür uyumsuzluklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi münhasır nitelik taşımamaktadır. Benzer şekilde, taşınmaz kira sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır yetki niteliği taşımadığı doktrinde yaygın şekilde kabul görmekte beraber⁴⁷, kiracının kiraya verene nazaran zayıf konumda olması ve kira hukuku alanında çok sayıda emredici nitelikte maddi hukuk kuralı bulunmasından hareketle bu tür uyumsuzlukların tahkime elverişsiz olduğu pek çok yargı kararı ve yazarca savunulmaktadır⁴⁸.

Bu çerçevede, Türk hukuku açısından tahkime elverişlilik ile münhasır yetki arasında sistematik bir paralellik kurulmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁴⁹. Kanımızca bu durumu da doğal karşılamak gerekir; zira devletler siyasi, ekonomik ve sosyal politikalarına ve tahkim kurumuna yaklaşımlarına bağlı olarak münhasır yetki kuralları ile tahkime elverişlilik ikilisi arasında farklı menfaatleri gözetmek suretiyle farklı tercihler yapabilmektedirler⁵⁰. “Tahkim dostu” bir devletin mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir uyumsuzluğu tahkime elverişli kabul etmesi mümkün olduğu gibi, mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuyu tahkime elverişsiz kılması

47 Akduman (n 23) 470; Çelikel ve Erdem (n 22) 610; Erkan (n 23) 18; Huysal ve Şermet Süzen (n 24) 50; Özkan ve Tütüncübaşı (n 29) 195; Süzen (n 23) 45; Ekin Ömeroğlu, *Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Mercisinin Tayininde İrade Serbestisi Prensipleri* (Adalet 2017) 202.

48 Konut ve iş yeri kira sözleşmeleri arasında bir ayırım gözeterek; iş yeri kira sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların tahkime elverişli olduğu, konut kira sözleşmelerinden doğanların ise tahkime elverişsiz olduğunu savunan görüş için bkz. Huysal (n 43) 135, 144-145; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6. Bası, Vedat 2021) 105; Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, ‘§22. Tahkim’ iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. 3 (15. Bası, On İki Levha 2017) 2639-2640; Hatice Selin Pürselim, ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği’ (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 496, 509; İbrahim Doğan Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (On İki Levha 2018) 94-95.

Yalnızca emredici nitelikte maddi hukuk düzenlemeleriyle düzenlenen taşınmazın tahliyesi ve kira bedelinin tespiti davalarının tahkime elverişli olmadığını savunan görüş için bkz. Nomer (n 22) 578; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 186; Yargıtay 6 HD, E 1970/3032 K 1970/3170, 10.07.1970 (aktaran Akıncı, *Tahkim* (n 48) 103); Yargıtay 3 HD, E 2004/13018 K 2004/13409, 02.12.2004 <www.kazanci.com.tr>.

Kira bedelinin tespiti davalarının tahkime elverişli olduğu, taşınmazın tahliyesi davaları bakımından ise tahkim anlaşmasının akdedildiği zamana göre ayırım yapan görüş için bkz. Kuru (n 11) 5952.

49 Aynı yönde bkz. Demirkol (n 23) 137; Öztürk (n 25) 20.

50 Demirkol (n 23) 137.

da söz konusu olabilir. Bu nedenle, Yargıtay'ın 2022 tarihli kararında yaptığı yoruma katılmıyor ve Türk mahkemelerinin bir uyumsuzluk bakımından münhasır yetkili olmasının tek başına söz konusu uyumsuzluğu tahkime elverişsiz kılmayacağını düşünüyoruz.

VI. TTK M. 105/2 HÜKMÜNE DAİR KANAATİMİZ VE DEĞİŞİKLİK ÖNERİMİZ

TTK m. 105/2 hükmü, yukarıda dört gerekçeden hareketle ortaya koymuş olduğumuz üzere, milletlerarası usul hukuku bakımından bir münhasır yetki kuralı değildir. Peki bu durumda hükmün ikinci cümlesinde yer alan emredici düzenleme gözetildiğinde söz konusu hükmü ne şekilde yorumlamak gerekir? Kanımızca TTK m. 105/2 hükmü, yabancı tacirler adına acenteler vasıtasıyla akdedilen sözleşmesel uyumsuzluklar bakımından MÖHUK m. 47/1'in istisnası niteliğini taşımaktadır⁵¹. Dolayısıyla MÖHUK m. 47/1 hükmündeki şartları sağlayan milletlerarası yetki sözleşmelerinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf etmesi, TTK m. 105/2 hükmünün uygulama alanına giren uyumsuzluklar bakımından söz konusu olmayacaktır. Bu açıdan söz konusu düzenlemenin iş, tüketici ve sigorta sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulan MÖHUK m. 47/2 hükmüne⁵² oldukça benzediği kanaatindeyiz. Doktrinde tartışmalı olmakla beraber, katıldığımız görüş uyarınca MÖHUK m. 47/2 hükmü de tarafların milletlerarası yetki sözleşmesi akdetmek suretiyle MÖHUK m. 44-46 hükümleri ışığında yetkisi doğan Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmaları imkânını bertaraf etme işlevini gören bir düzenlemedir⁵³. Bu bakımdan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin çeşitli noktalardan eleştirdiğimiz E. 2020/8347, K. 2022/3672 sayılı ve 09.05.2022 tarihli kararına bu iki hükmü aynı bağlamda değerlendirmesi özelinde katılmak gerekmektedir.

Bu yorumumuz ışığında, MÖHUK m. 47/1 uyarınca yabancı devlet mahkemelerinin yetkilendirildiği yetki sözleşmeleri Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf ederken, hem MÖHUK m. 47/2 hükmü hem de TTK m. 105/2 hükmü bu kuralın dışına çıkmakta ve Türk mahkemelerinin yetkisinin taraflarca yetki sözleşmesi akdetmek suretiyle bertaraf edilmesini engellemektedir. Zira her iki hükümde de kanun koyucu sözleşmenin bir tarafını korumayı arzu etmekte ve bunu milletlerarası usul hukuku alanında zayıf konumda olduğunu düşündüğü tarafın başvurabileceği mahkeme sayısını artırarak yapmayı denemektedir. Bu durumda yabancı tacirle acente vasıtasıyla sözleşme akdeden müşteriler, söz konusu sözleşme içerisinde yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren bir yetki şartı bulunsa dahi arzu ederlerse yabancı tacirlere izafeten Türk acentelere karşı Türk mahkemelerinde dava açabileceklerdir ve bu durumda Türk mahkemeleri MÖHUK m. 47/1'den hareketle yetkisizlik kararı veremeyecektir⁵⁴. Bununla beraber, hüküm bir münhasır yetki kuralı olmadığından, Türk

51 Aynı tespit için bkz. Demir Gökyayla (n 23) 286.

52 MÖHUK m. 47/2 hükmü şu şekildedir: "44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez".

53 Demirkol (n 23) 242; Huysal ve Şermet Süzen (n 24) 55; Özel (n 24) 1379; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 5) 643; Özkan ve Tütüncübaşı (n 29) 203; Süzen (n 23) 74; Zeynep Derya Tarman, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması' (2019) 39(1) Public and Private International Law Bulletin 325, 347.

54 Demir Gökyayla (n 23) 286-287; Tüysüz (n 8) 508.

bir acente vasıtasıyla akdedilmiş olsa dahi bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık hakkında yabancı tacire karşı dava yabancı bir devlet mahkemesinde açılırsa ve bu mahkemece verilen kararın Türkiye’de tenfizi istenirse, bu durumda bu talebin reddedilmemesi gerekir.

Öte yandan, hükmün yabancı tacire izafeten acenteye karşı açılmayıp doğrudan yabancı tacire karşı açılan davalar bakımından uygulanma kabiliyeti olmadığını da ayrıca ifade etmek gerekir⁵⁵. Bu bakımdan, yukarıda değinmiş olduğumuz 11. Hukuk Dairesi’nin bu hâlde dahi TTK m. 105/2 hükmünü uyguladığı ve yetki sözleşmesinin geçersizliği sonucuna vardığı E. 2019/3799, K. 2020/3051 sayılı ve 22.06.2020 tarihli kararında varılan sonuca iştirak etme olanağı bulamıyoruz.

Olması gereken hukuk açısından ise TTK m. 105/2 hükmünün yerinde bir düzenleme olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Kanımızca düzenleme şu anki hâliyle milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düşmemektedir⁵⁶. Yalnızca Türk acenteler vasıtasıyla akdedildikleri gerekçesiyle yabancı tacirlerle Türk müşteriler arasındaki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yabancı devlet mahkemelerinin yetkilendirildiği bir yetki sözleşmesi mevcut olsa dahi Türk mahkemelerinde dava açılabilmesi, yabancı tacirlerin Türk acenteler aracılığıyla sözleşme yapmaktan kaçınmalarına sebebiyet verebilecek ve bu durum da hem Türk acentelerine hem de uzun vadede Türk ekonomisine zarar verebilecektir⁵⁷. Kaldı ki TTK m. 105/2 hükmünün uygulama alanına giren hâllerin önemli bir kısmında sözleşmenin karşı tarafındaki Türk vatandaşı da tacir konumunda olacaktır. Nitekim çalışmamızda ele aldığımız tüm Yargıtay kararlarında da durum böyledir. Her iki tarafın da tacir olduğu bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda Türk tacirlerin bu şekilde bir korumaya ihtiyacı olduğunu savunmak hiç de kolay görünmemektedir⁵⁸. Türk vatandaşının tüketici olduğu hâlde ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 45 hükmü ışığında tesis edileceğinden, tüketicinin Türkiye’de dava açabilmesi bu hüküm sayesinde zaten mümkün olmaktadır.

Kanımızca mevcut hâliyle gerek yargı kararları gerekse de doktrinde üzerinde tartışmalar doğuran bu hüküm kaldırılarak yerine, tıpkı sigorta sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 46’da mümkün kılındığı üzere⁵⁹, acentenin esas iş yerinin bulunduğu yer mahkemelerini esas alacak bir milletlerarası yetki kuralı getirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu sayede, yabancı tacirlerle sözleşme akdeden kişilere Türk yargısına başvurabilme imkânı da sağlanmış olacak ve kanun koyucunun TTK m. 105/2 hükmünü sevk ederken gözettiği bu hedef sağlanmış olacaktır. Bir münhasır yetki kuralı niteliği taşıyamaması gereken bu yeni düzenleme, tarafların bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından yabancı mahkemeleri veya hakem heyetlerini yetkilendirmelerine de imkân tanımalı

Yetki sözleşmesi yapma konusundaki taraf iradelerinin TTK m. 105/2 hükmüne üstün tutularak davanın yalnızca yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen yabancı mahkemede açılacağı ve Türk mahkemelerinin bu hâlde yetki itirazı üzerine yetkisizlik kararı vermesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Külüşlü (n 2) 81-82.

55 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 3) 533; Tüysüz (n 8) 504.

56 Aygül (n 2) 13-14; Esen, ‘Acente’ (n 9) 589; Sargin (n 6) 163-164; Tüysüz (n 8) 509.

57 Esen, ‘Acente’ (n 9) 588.

58 Aygül (n 2) 13-14.

59 MÖHUK’un “*Sigorta Sözleşmesine İlişkin Davalar*” başlığını taşıyan m. 46 hükmü şu şekildedir: “*Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalya veya lehbara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir.*”

ve bu şekilde yetki ve tahkim şartlarının geçersiz kılınması yönündeki mevcut uygulamayı sona erdirmelidir⁶⁰.

VII. SONUÇ

TTK m. 105/2 hükmü, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acentelerin müvekkili adına dava açabileceğini, kendilerine karşı da aynı sıfatla dava açabileceğini öngörmektedir. Hükümün ikinci cümlesinde ise yabancı tacirler adına acentelik yürütüldüğü hâllerde bu hükme aykırı sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı düzenlenmektedir. Bu emredici düzenleme, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yakın tarihte verdiği çeşitli kararlarında milletlerarası usul hukuku anlamında bir münhasır yetki kuralı olarak değerlendirilmektedir. Öyle ki Yargıtay, çoğunluğu yabancı tacire izafeten Türk acenteye, biri ise doğrudan yabancı tacire karşı açılan davalarda yaptığı bu değerlendirme ışığında yabancı tacir ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmelerde yer alan ve yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren milletlerarası yetki sözleşmelerinin geçersiz olduğuna hükmetmektedir. Yargıtay bir kararında ise aynı gerekçeden hareketle bir tahkim şartının da geçersiz olduğu sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce TTK m. 105/2 hükmünün *ratio legis*'i de gözetildiğinde, Yargıtay'ın bu kararları isabetsizdir ve münhasır yetki kurumunun temel özellikleriyle bağdaşmamaktadır. Zira ilk olarak, hüküm hiçbir yetki kriteri içermediğinden yetki kuralı değildir. Bu nedenle de Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi amacına hizmet etse de esasen herhangi bir Türk mahkemesine işaret etmediğinden bir münhasır yetki olarak değerlendirilemez. İkinci olarak, Türk vatandaşlarına Türk mahkemelerinde dava açabilme imkânını sağlamayı hedeflemekle beraber, hükmün davacının sahip olduğu diğer seçenekleri ortadan kaldırmak gibi gayesi bulunduğu söylenemez. Bu da hükmün münhasır yetki kurallarının bu temel işlevine sahip olmadığını göstermektedir. Üçüncü olarak, sözleşmesel nitelikte ve devlet egemenliğini ilgilendirmeyen bir uyuşmazlık bakımından münhasır yetki öngörülmesi, münhasır yetki kavramının varlık sebepleriyle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki sözleşmenin acente aracılığıyla akdedilmediği durumda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin gündeme gelmediği zaten oy birliğiyle kabul edilirken, acente aracılığıyla yapılması durumunda münhasır yetkiden söz etmek makul bir yaklaşım da değildir. Son olarak ise acente vasıtasıyla akdedilen sözleşmelere uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olmasının mümkün olması da bu hükmün bir münhasır yetki kuralı olamayacağını göstermektedir.

Ayrıca, Yargıtay'ın bir kararında TTK m. 105/2 hükmünü münhasır yetki kuralı olarak değerlendirmesinden hareketle tahkim şartını da tahkime elverişsizlik gerekçesiyle geçersiz kılması da, münhasır yetkiye ilişkin yaptığı değerlendirme bir an için doğru kabul edilse dahi, kanımızca isabetsiz bir yaklaşımdır. Zira tahkime elverişlilik bakımından esas alınan temel kriter iki tarafın iradelerine tâbi olmayken, münhasır yetki bakımından uyuşmazlık konusunun devletin egemenliği ve devletin devlet olma vasfıyla bağlantısıdır. Bu iki kavramın dayandığı kriterin farklı olması,

60 Aygül (n 2) 14; Esen, 'Acente' (n 9) 598.

hukukumuz açısından tahkime elverişlilik ile münhasır yetki arasında sistematik bir paralellik kurulmasının mümkün olmadığını göstermektedir.

Kanaatimizce çalışmamızda doğurduğu sonuçları ele aldığımız TTK m. 105/2 hükmüne dair temel problem, hükmün günümüz ticaret hayatının gereklilikleriyle bağdaşmamasıdır. Mevcut hâliyle tartışmalar doğuran bu hüküm kaldırılarak yerine acentenin bulunduğu yer mahkemelerini esas alan bir milletlerarası yetki kuralı getirilmesi uygun bir çözüm olacaktır. Bu yetki kuralı da gerek çalışmamızda gerekse de doktrinde diğer yazarlarca dile getirildiği üzere münhasır yetki kuralı niteliği taşımadığı şüpheye mahal vermeyecek şekilde kaleme alınmalı ve bu sayede taraflarca akdedilen milletlerarası yetki ve tahkim şartlarının geçersiz kılınması yönündeki mevcut Yargıtay uygulaması sona ermelidir.

KAYNAKÇA

- Akduman E, 'Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi' (2020) 15(163) Terazi Hukuk Dergisi 466-480.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat 2020) (MÖH).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (6. Bası, Vedat 2021) (Tahkim).
- Altay SA, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi' iç *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan* (Turhan 2010) 223-273.
- Archinard-Greil B, 'Lois de police et conflits de juridictions (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)' (PhD thesis, Université Jean Moulin (Lyon 3) 2017).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (17. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012).
- Atamer K, *Türk Ticaret Hukuku Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra* (Arıkan 2006).
- Aygül M, 'Yabancı Tacir Adına Acentenin Yaptığı Sözleşmelerdeki Tahkim Şartının Geçerliliği' iç *Metin Kıratlı, Hakkı Susmaz, Ali Yeşilirmak, Eda Manav Özdemir ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu (edr), Tahkimde Güncel Sorunlar (V-VI)* (Cumhurbaşkanlığı Yayınları 2023) 3-15.
- Briggs A, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn, Informa Law 2015).
- Bureau D and Muir Watt H, *Droit international privé*, Tome I: Partie générale (4th edn, Puf 2017).
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021).
- Demir Gökyayla C, *Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Vedat 2021).
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018).
- Demirtaş N, 'Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Etmesi' (2019) 5(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83-109.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Bası, Savaş 2022).
- Dürüstkan S, 'Yabancı Hakem Kararlarında Kamu Düzeni Kavramı' (2023) 25(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421-451.
- Erkan M, 'Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki' (2012) 20(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-51.
- Esen E, 'Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi' (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 581-603 (Acente).
- Esen E, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2011) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 183-206 (Münhasır Yetki).

- Fernández Arroyo DP, 'Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales' (2006) 323 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 9-260.
- Georgakoudi N, 'Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: Étude de droit international privé' (PhD thesis, Université Paris I Panthéon-Sorbonne 2021).
- Güner C, 'Türk Ticaret Kanununun "Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi"ne İlişkin Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 10(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521-538.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).
- Huysal B ve Şermet Süzen B, 'Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin İncelenmesi' iç Süheyla Balkar Bozkurt (ed), *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (On İki Levha 2018) 47-68.
- Kalpsüz T, 'Müvekkillerine İzaften Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması' (1983) 12(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1-12.
- Karaca HA, 'Tahkime Elverişlilik: Rekabet, İflas ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları' iç Mustafa Erkan ve Candan Tepetaş (edr), *Tahkim Anlaşması*, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. 1 (On İki Levha 2020) 393-412.
- Kaya A, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik (TTK m. 102-123)* (Beta 2013).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. Bası, Demir 2001).
- Külüşlü E, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi* (On İki Levha 2020).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta 2021).
- Ömeroğlu E, *Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Mercisinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi* (Adalet 2017).
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Özel S, 'Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44' (2019) 14(179-180) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1351-1382.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Bası, On İki Levha 2023).
- Özgenç Z, 'Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Yabancı Müvekkilini Davada Temsil Yetkisi' (2022) 12(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 718-766.
- Özkan I ve Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020).
- Öztürk A, 'ABD, İsviçre ve Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakkına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği' iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim (edr), *Milletlerarası Tahkim ve Usul Hukukuna İlişkin Güncel Meseleler* (On İki Levha 2022) 1-36.
- Pekcanitez H ve Yeşilirmak A, '§22. Tahkim' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. 3 (15. Bası, On İki Levha 2017) 2579-2800.
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2022).
- Pürselim HS, 'Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği' (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 496-512.
- Sargın F, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996).
- Sungurtekin Özkan M, *Avukatlık Hukuku* (Barış 2006).

- Süzen B, *Tanuma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha 2016).
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023).
- Takavut İD, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (On İki Levha 2018).
- Tarman ZD, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması' (2019) 39(1) *Public and Private International Law Bulletin* 325-356.
- Türkel DT, 'Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar' iç *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 1105-1122.
- Tüysüz C, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi' (2021) 79(2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 485-517.
- Usunier L, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé* (Economica 2008).
- Üçüncü SH, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 17(1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 961-996.

E-Ticaret Kanunu Değişiklikleri: Rekabeti Koruyor mu Yoksa Engelliyor mu?

Amendments to E-Commerce Law: Protecting or Preventing Competition?

Kerem Cem SANLI^{ID}, Kadir BAŞ^{ID}

ÖZ

Dijital piyasaların özellikleri nedeniyle bu piyasalarda ortaya çıkan ve geçit bekçisi olarak adlandırılan önemli ekonomik güce sahip teşebbüslerin rekabete bozucu veya haksız uygulamalarının bir piyasa aksaklığı yarattığı ve bu aksaklığın giderilmesi için mevcut rekabet hukuku araçlarının ötesinde bir ex-ante düzenlemenin gerekli olduğu görüşü, son dönemde global düzeyde yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Bu görüşten hareketle Avrupa Birliği'nde Dijital Piyasalar Yasası kabul edilmiş, diğer bazı rejimlerde de dijital piyasaların regülasyonuna yönelik benzer düzenlemeler yürürlüğe girmiş veya bu amaçla düzenleme tasarımları yayımlanmıştır. Söz konusu düzenlemelerde, genel olarak geçit bekçilerinin dijital piyasaların rekabetçiliğini bozduğu düşünülen bazı davranışları yasaklanmıştır. Türkiye'de ise söz konusu piyasa aksaklığını e-ticaret sektörü özelinde giderme hedefiyle 2022 tarihli 7416 sayılı Kanun ile, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu değişikliklerle, birçok yönüyle halihazırda eleştirilmekte olan Dijital Piyasalar Kanunu'nun ve karşılaştırmalı hukuktaki benzeri diğer düzenlemelerin ötesine geçilmiş ve dijital ekonominin özelliklerinin yarattığı regülasyon kısıtları tümüyle göz ardı edilerek e-ticaret platformlarının ekonomik gücünü ve büyümesini frenlemeyi amaçlayan bir piyasa mühendisliğine girilmiştir. Bu kapsamda, sorunlu bir eşik sistemiyle belirlenen teşebbüslere, rekabet iktisadı ve regülasyon teorisi ile uyumlu olmayan ve sosyal refahı azaltma riski taşıyan atipik yükümlülükler getirilmiştir. Bu makale, 7416 sayılı Kanun ile yapılan bahis konusu değişikliklerin genel sistematüğünü ve bu kapsamda getirilen atipik yükümlülükleri, rekabet iktisadı ve regülasyon teorisi yönünden ve dijital piyasaların regülasyonuna yönelik diğer rejimlerdeki düzenlemeler ile karşılaştırmalı olarak incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Piyasalar, E-Ticaret Kanunu, Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcısı, Rekabet, Regülasyon Teorisi.

ABSTRACT

The view that the anticompetitive or unfair practices of undertakings (so-called gatekeepers) with significant economic power that emerge in digital markets due to the characteristics of those markets create a market failure and that an ex-ante regulation beyond existing competition law tools is necessary to eliminate such failure has recently gained popularity at the global level. Based on this view, in the European Union, the Digital Markets Act was adopted, and similar regulations are entered into force or proposed in some other jurisdictions. Those regulations essentially prohibit certain behaviors of gatekeepers, which are considered to distort the contestability of digital markets. In Turkey, in order to eliminate the said market failure specifically for the e-commerce sector, Law on the Regulation of Electronic Commerce were significantly amended by Law No. 7416 in 2022. Those amendments go

* Prof. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, cem.sanli@bilgi.edu.tr

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, kadir.bas@marmara.edu.tr

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Kerem Cem SANLI

E-posta/E-mail: cem.sanli@bilgi.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 14.05.2024

beyond the Digital Markets Act and similar regulations in other jurisdictions which are also criticized on many aspects, and engages in market engineering to curb the economic power and growth of e-commerce platforms by completely disregarding the regulatory constraints created by the characteristics of the digital economy. In this regard, the undertakings determined based on a problematic threshold system Those amendments go beyond the Digital Markets Act and similar regulations in other jurisdictions which are also criticized on many aspects, and engages in market engineering to curb the economic power and growth of e-commerce platforms by completely disregarding the regulatory constraints created by the characteristics of the digital economy. In this regard, the undertakings determined based on a problematic threshold system are made subject to atypical obligations which are incompatible with competition economics and the theory of regulation theory and creates the risk of reducing social welfare. This article aims to examine the general systematic of the amendments made by Law No. 7416, and the atypical obligations introduced thereby, from the perspective of competition economics and the theory of regulation, and in comparison with the digital market regulations in other regimes.

Keywords: Digital Markets, E-Commerce Law, Electronic Commerce Intermediary Service Provider, Competition, the Theory of Regulation.

I. GİRİŞ

Dijital platformların neden olduğu tekelleşme sorunu, son yıllarda rekabet hukuku doktrininde ve uygulamasında en fazla tartışılan konuların başında gelmektedir. Dijital piyasaların ağ dışsallıkları, ölçek ve kapsam ekonomileri, büyük veri ve tüketici kayıtsızlığı gibi ekonomik özelliklerinin, piyasadaki konumları diğer teşebbüsler tarafından tehdit edilmesi çok zor olan sınırlı sayıdaki dijital platform lehine bu piyasaların tekelleşmesine zemin hazırladığı yönünde gittikçe artan bir endişe söz konusudur. Söz konusu dijital platformların ekonomik gücü ve haksız davranışlarından kaynaklanan rekabet sorunlarının, rekabet hukukunun doğasında var olan belirsizlik, yüksek ispat standardı, müdahalelerdeki gecikmeler ve uygulanacak tedbirlerin yetersizliği nedeniyle rekabet hukuku araçlarıyla giderilemeyeceği ve dolayısıyla bu sorunları hedef alan *ex ante* düzenlemelere ihtiyaç olduğu fikri, global düzeyde giderek daha fazla popülerlik kazanmaktadır. Bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Avustralya gibi bazı ülkelerde yasal düzenleme çalışmaları devam ederken, Japonya, Almanya ve Avrupa Birliği'nde ("AB") dijital piyasalara ilişkin düzenlemeler çok kısa bir süre zarfında yürürlüğe girmiştir¹.

Dijital platformların rekabet politikası açısından düzenlenmesi gerekliliğini savunan bu global yaklaşıma belki de en erken katılan ülkelerden biri de Türkiye olmuştur. Çok kısa süre içerisinde biri Ticaret Bakanlığı, diğeri Rekabet Kurumu bünyesinde olmak üzere iki düzenleme taslağı hazırlanmış ve bunlardan ilki olan ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da (E-Ticaret Kanunu) değişiklik öngören 7416 sayılı Kanun², Temmuz 2022 yılında kanun koyucu tarafından

1 Bu düzenlemeler hakkında genel olarak bkz. OECD, 'Ex ante Regulation of Digital Markets' (OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021) <<https://web-archiv.e.oecd.org/2021-12-01/616997-ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024; Kerem Cem Sanlı ve Cihan Doğan, *Rekabet Politikası Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi: E-Ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı* (On İki Levha 2023) 64-84.

2 Resmi Gazete Tarih: 22.07.2022 Sayı: 31889.

kabul edilerek yasalaşmıştır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a (RKHK) dijital piyasalara özgü *ex ante* düzenlemeler eklemeyi öngören değişiklik taslağının (Değişiklik Taslağı) ise 2024 yılı içerisinde yasalaşması beklenmektedir. Genel olarak bu yasama faaliyeti hazırlıklarında mukayeseli hukuktan ve özellikle AB'de kabul edilen Dijital Piyasalar Kanunu'ndan (*Digital Markets Act*, DMA) etkilendiği söylenebilir. Ancak E-Ticaret Kanunu, kendine özgü sistematığı ve e-ticaret piyasalarında rekabet sürecine ve dolayısıyla da sosyal refaha zarar verme konusunda ciddi riskler yaratan atipik hükümleriyle, Değişiklik Taslağı'ndan ve diğer rejimlerdeki regülasyon çabalarından önemli ölçüde ayrılmaktadır.

Bu makalede de E-Ticaret Kanunu'nda 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin temel özellikleri ve bu kapsamda getirilen atipik yükümlülükler incelenecektir. Bunu yaparken amaçladığımız hususlardan birisi, dijital piyasaların düzenlenmesine yönelik global dalganın bir riskine dikkat çekmektir. O da gelişmekte olan ülkelerde bu tür müdahaleci yasal düzenlemelerin, özgün hukuk politikası hedefinden saptırılarak, kolaylıkla başka amaçlara hizmet edecek şekilde hazırlanması riskidir. Bizce E-Ticaret Kanunu, dijital piyasaların rekabetçiliğinin artırılması hedefiyle başlatılan düzenleme çabalarının, nasıl politikleşip ekonomik refahın maksimizasyonu amacı dışına çıkan bir müdahale aracına dönüşebileceğinin ve en nihayetinde e-ticaret piyasalarının rekabetçiliğini azaltabileceğinin, güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Bu çerçevede makalede, öncelikle regülasyon teorisi yönünden dijital piyasaların özel olarak düzenlenmesinin yerindeliği, Türkiye özelinde ele alınacaktır. Akabinde E-Ticaret Kanunu'nun sistematığına kısa bir bakış sunulup, bunu takip eden başlıkta söz konusu sistematik eleştirel bir bakış ile değerlendirilecektir. Bu kısımda özellikle E-Ticaret Kanunu'nda benimsenen eşik sisteminin olası olumsuz etkileri, düzenleyici otorite tercihi ile bir arada gözden geçirilecektir. En sonunda da E-Ticaret Kanunu'nda benimsenen atipik yükümlülüklerin her biri, ayrı başlıklar altında analiz edilecektir.

II. İKTİSADİ REGÜLASYON TEORİSİ AÇISINDAN DİJİTAL PİYASALARIN DÜZENLENMESİ

İktisadi regülasyonun gerekliliği ile olumlu ve olumsuz yönleri, akademik literatürde yoğun bir şekilde incelenmiştir³. Regülasyon yapımcıların ekonomik refahı maksimize etme amacıyla hareket ettiğini varsayan görüşler, regülasyonun esas olarak rekabetçi sürecin ortaya çıkışını engelleyen ve rekabet hukuku araçlarıyla giderilemeyen kalıcı piyasa aksaklıklarının (*market failure*) giderilmesine hizmet ettiğini savunmaktadır⁴. Özelleştirmeler yoluyla serbest rekabete açılan enerji ve

3 İktisadi regülasyon teorilerinin genel değerlendirmesi hakkında bkz. Johan den Hertog, 'Review of Economic Theories of Regulation' (Tjalling C. Koopmans Research Institute Working Papers 10-18, 2010) <https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024; Şahin Ardiyok, *Regülasyon Hukuku* (On İki Levha 2019) 354 vd.

4 Bu görüşler hakkında bkz. Hertog (n 3) 5-6. Buna karşılık bu görüş, regülasyon yapımcının her zaman ekonomik refahı maksimize etme amacıyla hareket etmeyeceği gerekçesiyle bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Bu konuda bkz. George J. Stigler, 'The Theory of Economic Regulation' (1971) 2(1) *the Bell Journal of Economics and Management Science* 3-21; Paul L. Joskow ve Roger G. Noll, 'Regulation in Theory and Practice: An Overview' iç Gary Fromm (ed), *Studies in Public Regulation* (The MIT Press 1981) 36; Sam Peltzman, 'The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation' (1989) 1989 *Microeconomics* 1-41.

telekomünikasyon sektörlerinde doğal tekellerin varlığı ve şebeke bağımlılığı, regülasyon gerektiren piyasa aksaklıklarının başlıca örneklerini oluşturmaktadır.

Dijital sektörün düzenlenmesine yönelik AB başta olmak üzere farklı hukuk rejimlerindeki yasal düzenlemeler ve düzenleme taslakları da esas olarak bu sektörde etkin (ve adil) rekabet koşullarının ortaya çıkışını engelleyen bir piyasa aksaklığının bulunduğu gerekçesine dayanmaktadır. Bu piyasa aksaklığı, DMA'nin giriş (*recital*) kısmının iki ila dördüncü paragraflarında açıklanmıştır. Söz konusu paragraflarda, dijital ekonominin özellikleri sebebiyle dijital piyasalarda geçit bekçisi (*gatekeeper*) olarak adlandırılan önemli ekonomik güce sahip bazı teşebbüslerin ortaya çıktığı, bu teşebbüslerden bir kısmının dijital ekonomideki tüm platform ekosistemleri üzerinde kontrol uyguladığı ve bunların sahip oldukları piyasa gücünün diğer piyasa oyuncuları tarafından baskılanmasının aşırı derecede zor olduğu ifade edilmiştir. Bu rekabetçi koşulların, dijital piyasaların sağlıklı işlememesi olasılığını artırdığı ve bu durumun geçit bekçileri tarafından ticari ve son kullanıcılara yönelik gerçekleştirilen haksız davranışlarla birleşmesinin, dijital piyasalarda fiyat, kalite, adil rekabet, seçenek ve yenilikleri olumsuz etkilediği ifade edilmiştir. Özetle DMA, dijital sektörde diğer piyasa oyuncuları tarafından tehdit edilmesi pek mümkün olmayan bir konuma sahip büyük oyuncuların, bu konumlarını kullanarak gerçekleştirdikleri adil rekabeti ve ekonomik etkinlikleri olumsuz etkileyen haksız uygulamalarının sebep olduğu piyasa aksaklığını gidermeyi amaçladığı iddiasındadır. Bu çerçevede *ex post* müdahaleye dayalı mevcut rekabet hukuku araçlarının söz konusu piyasa aksaklığının giderilmesinde yetersiz kalması sebebiyle, bir *ex ante* düzenleme ihtiyacının var olduğu sonucuna varılmıştır⁵. Söz konusu piyasa aksaklığı ve mevcut rekabet hukuku araçlarının yetersizliği, diğer birçok hukuk rejiminde dijital piyasalara ilişkin sürdürülen regülasyon çalışmalarının da gerekçesini oluşturmaktadır⁶.

Dijital sektörde geçit bekçisi olarak tanımlanan büyük teşebbüslerin varlığından ve uygulamalarından kaynaklı bir piyasa aksaklığının mevcut olduğu iddiası, tartışılabilir olsa da⁷ tümüyle temelsiz değildir⁸. Ancak bir piyasa aksaklığının bulunması, tek başına regülasyonun yerindeliğini ve meşruluğunu sağlamaz. Regülasyonun başarısı ve dolayısıyla meşruiyeti, her şeyden önce regülasyonu belirleyecek veya uygulayacak kamu otoritesinin (kanun koyucu veya düzenleyici otorite) piyasa aksaklığının giderilmesi ve rekabetin tesisi için en uygun müdahale yöntemini belirleme konusunda yeterli bilgi ve tecrübeye ve bu şekilde belirlenen kuralları uygulayabilmek için gerekli kapasiteye sahip olmasına bağlıdır. Regülasyon yapıcısının ve uygulayıcısının bu konulardaki yetersizliği, piyasaya yanlış müdahale sonucu rekabet koşulların kötüleşmesine veya ekonomik etkinliklerin ortaya çıkışını

5 DMA giriş, par. 5.

6 Bkz. OECD (n 1) 9-15.

7 Dijital ekonomide bir piyasa aksaklığından ziyade, mevcut rekabet kurallarının uygulanması konusunda bir aksaklığın bulunduğu yönünde bkz. Marco Cappai ve Giuseppe Colangelo, 'Taming Digital Gatekeepers: The More Regulatory Approach to Antitrust Law' (Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, 2020) <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024, 24, 29.

8 Dijital ekonomideki piyasa aksaklığı konusunda bkz. Christophe Carugati, 'Regulation in the Digital Economy. Is Ex-ante Regulation of "Gatekeepers" an Efficient and Fair Solution?' (2020) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705928> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024, 3-8.

engelleyerek sosyal refahın (ve tüketici refahının) azalmasına sebebiyet verebilir⁹. Buna ek olarak düzenleyici otoritenin politikleşmesi veya piyasa oyuncuları tarafından ele geçirilmesi (*regulatory capturing*) sebebiyle, regülasyonun ortaya çıkış amacından sapması ve sosyal refahı olumsuz etkilemesi riski de söz konusudur¹⁰. Regülasyonun bir değer eksisi ise düzenlemelere uyumun hem düzenlenen teşebbüslere hem de kamuya yaratacağı işlem maliyetidir. Söz konusu maliyetin yüksekliği, regülasyonun uygulanabilirliğine ve piyasada arzulan rekabetin tesisi konusundaki etkinliğine zarar verebilir¹¹. Bütün bu etkenler, regülasyon ihtiyacını ortadan kaldırmasa da onun kapsamının sınırlanmasına gerekçe oluşturabilir.

Dijital sektörde ürünlerin, iş modellerinin ve teknolojilerin çeşitliliği, karmaşıklığı ve sürekli ve hızlı değişimi, onu kamu tekellerinin özelleştirilmesiyle rekabete açılan ve ürünlerin ve iş modellerinin büyük ölçüde belirli olduğu enerji ve telekomünikasyon sektörlerinden farklılaştırmaktadır. Dijital sektörün söz konusu dinamik yapısı, yasa koyucuların ve düzenleyici otoritelerin, dijital sektörün işleyişini ve ilerleyişini anlama ve öngörebilme ve de sektörün sosyal refahı artırıcı nitelikteki işleyişine zarar vermeden piyasa aksaklığını gidermek için en uygun ve etkin müdahale yöntemini belirleme kabiliyetini önemli ölçüde sınırlamaktadır. Düzenleyicilerin söz konusu sınırlı kabiliyeti, dijital sektörün dizaynına yönelik yapısal müdahalelerin, söz konusu sektörde etkinlik yaratıcı rekabet süreçlerinin işleyişini bozarak sosyal refahı olumsuz etkileme riskini oldukça yükseltmektedir. Söz konusu müdahaleci yaklaşım, ayrıca regülasyon sürecinin politikleşmesi riskini de artıracaktır. Hem DMA'de hem diğer rejimlerdeki dijital sektöre ilişkin düzenlemelerde (ve düzenleme taslaklarında), piyasa mühendisliği içeren yapısal müdahalelerden kaçınılmış, geçit bekçilerinin piyasalarda etkin ve adil rekabetin korunmasını veya oluşmasını engelleyici nitelikte olduğu gözlemlenmiş olan belirli davranışlarını yasaklayan bir tutum benimsenmiştir. Yürürlüğe girmiş veya henüz taslak seviyesinde olan bu düzenlemelerin, esas itibarıyla rekabet hukuku kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması sayılacak davranışların, uzun soruşturmalar sonucunda hâkim durumun ve kötüye kullanımın varlığını ispat etmek zorunda olmaksızın *ex ante* olarak yasaklanmasını hedeflediği söylenebilir¹².

Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan ve büyük ölçüde DMA ile Alman Rekabet Kanunu m. 19'da öngörülen sistemlerin karışımı niteliğinde olan Değişiklik Taslağı da dijital sektöre ilişkin diğer rejimlerdeki mevcut regülasyon çabaları ile uyumlu bir zemine oturtulmuştur¹³. Rekabet Kurulunun, Değişiklik Taslağı'nda yasaklanan davranışların önemli bir bölümüne, RKHK m. 6 kapsamında

9 Competition and Market Authorities, 'Regulation and Competition A Review of the Evidence' (2020) <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e184a9940f0b65dbfbc1c4b/Regulation_and_Competition_report_-_web_version.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024, 21-22.

10 Bu yönde bkz. Competition and Market Authorities (n 9) 21; Stigler, 'Economic Regulation' (n 4) 3-21; Sam Peltzman, 'Toward a More General Theory of Regulation' (1976) 19(2) *the Journal of Law & Economics* 211-240.

11 Regülasyonun yaratabileceği işlem maliyeti hakkında bkz. Frank A.G. den Butter, Marc de Graaf ve André Nijsen, 'The Transaction Costs Perspective on Costs And Benefits of Government Regulation' (Tinbergen Institute Discussion Paper, No. 09-013/3, 2009) <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/86785/1/09-013.pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

12 Cappai ve Colangelo (n 7) 24-25, 29.

13 Değişiklik Taslağı hakkında geniş bilgi için bkz. Sanlı ve Doğan (n 1) 253-380.

halihazırda müdahale etmiş olduğu dikkate alındığında,¹⁴ Değişiklik Taslağı'nın uygulamadaki etkisinin, diğer rejimlerdeki düzenlemelere göre daha da sınırlı olması muhtemeldir.

E-Ticaret Kanunu'na eklenen yeni düzenlemeler ise dijital piyasalara ilişkin dünya genelindeki düzenlemelerden ve Değişiklik Taslağı'ndan daha farklı bir müdahale tarzı benimsemiştir. Değiştirilmiş haliyle E-Ticaret Kanunu, dijital ekonomiye ilişkin diğer düzenlemelerden farklı olarak geçit beklilerinin adil ve etkin rekabeti sınırlayıcı davranışlarının yasaklamasının ötesinde, e-ticaret sektöründe teşebbüslerin herhangi bir rekabet ihlali veya haksız uygulama gerçekleştirmeden organik iç büyümeyle piyasa gücü elde etmesini engelleyici hükümler getirmektedir. Bu kapsamda E-Ticaret Kanunu'nda, piyasa gücüyle doğrudan bir ilişkisi olmayan işlem hacimleri esas alınarak teşebbüslerin tabi olduğu yükümlülükler ve sınırlamalar kademeli olarak belirlenmiş, rekabet yeteneğini önemli ölçüde sınırlayan bazı sınırlamalar ise sektördeki tüm teşebbüslere getirilmiştir. E-Ticaret Kanunu'nun söz konusu özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun, Türkiye e-ticaret sektöründe rekabet koşullarını ve iş modellerini yapısal olarak dizayn etmeyi amaçladığı söylenebilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere oldukça dinamik olan dijital ekonominin işleyişine ve ilerleyişine ilişkin yeterli bilgi ve tecrübeye ve de öngörüye sahip olmayan kamu otoriteleri tarafından dijital piyasaların yapısal olarak dizayn edilmesi, regülasyonun amacından saparak politikleşmesi ve de piyasanın rekabetçiliğini daha da bozarak sosyal refahı azaltma riski yaratır. E-Ticaret Kanunu'nun genel yaklaşımı ve hükümleri rekabet iktisadı açısından incelendiğinde, söz konusu riskin gerçekleşeceği yönünde bir öngöründe bulunmak güç değildir. Bu bakımdan E-Ticaret Kanunu, dijital sektörde var olduğu iddia edilen piyasa aksaklığının giderilmesi amacıyla hareket edilirken regülasyon kısıtlarının dikkate alınmamasının yaratacağı sorunlar konusunda uluslararası literatür için somut bir örnek teşkil etmektedir.

III. E-TİCARET KANUNU SİSTEMATİĞİNE KISA BİR BAKIŞ

A. DÜZENLEMENİN SÜJELERİ

E-Ticaret Kanunu'nun ilk hali, esas olarak e-ticaret sözleşmelerinin sağlıklı bir şekilde kurulması ve ifası ile elektronik ticari ileti gönderimini düzenleyen sınırlı bir kapsama sahipti. 7416 sayılı Kanun ile, e-ticaret sektöründeki tekelleşme sorununa ve haksız ticari uygulamalara yönelik hükümler eklenerek E-Ticaret Kanunu'nun kapsamı önemli ölçüde genişletilmiştir.

14 Rekabet Kurulu; *Yemeksepeti* kararında (09.06.2016, 16-20/347-156) en çok kayırlan müşteri kayıtlarına, *Google Android* kararında (19.09.2018, 18-33/555-273) hakim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bağlama uygulamalarına, *Google Shopping* (13.02.2020, 20-10/119-69) ve *Google Yerel Arama* (08.04.2021,21-20/248-105) kararlarında hâkim durumdaki teşebbüsün kendi ürünlerine rakiplere göre avantaj sağlamasına, *Nadirkitap* kararında (07.04.2022, 22-16/273-122) verilere erişimi ve veri taşınmasını engelleyici davranışlara, *Meta* kararında (20.10.2022, 22-48/706-299) iki ayrı uygulamadan elde edilen veri setlerinin birleştirilmesine ve *Trendyol* kararında (26.07.2023, 23-33/633-213) hakim durumdaki bir işlem platformunun üçüncü taraf satıcıların verilerini kullanarak kendi perakende faaliyetine haksız olarak avantaj sağlamasına müdahale etmiştir.

E-Ticaret Kanunu'na eklenen yeni düzenlemelerin, “elektronik ticaret hizmet sağlayıcı” (“ETHS”) ve “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı” (“ETAHS”) olmak üzere iki ana süljesi bulunmaktadır. ETHS, “*elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı*” olarak tanımlanmıştır (ek madde 2/1(g)). Bu tanım uyarınca çevrim içi ortamda bir mal veya hizmet sunan her teşebbüs, ETHS sayılmaktadır. ETAHS ise “*Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı*” olarak tanımlanmıştır (ek madde 2/1(f)). Bu tanım, sadece işlem platformlarını içermektedir. İlan veya sosyal medya platformları gibi işlem yapılmayan platformlar ise ETAHS kavramının kapsamı dışında bırakılmıştır.

E-Ticaret Kanunu, DMA ve benzeri nitelikteki düzenlemelerden farklı olarak sadece e-ticareti düzenlemeyi amaçlamıştır¹⁵. Buradan hareketle geçit bekçisi olarak tanımlanan ve global düzeyde regülasyon çabalarının başlıca hedefi olan bazı teşebbüslerin – tipik e-ticaret hizmetleri dışında kalan – temel platform hizmetlerinin E-Ticaret Kanunu'nun kapsamına girmeyeceği düşünülebilir. Ancak ETHS ve ETAHS kavramlarının tanımlarındaki belirsizlikler sebebiyle, bu kavramların geniş yorumlanarak geçit bekçilerinin söz konusu temel platform hizmetlerinin önemli bir bölümünün E-Ticaret Kanunu'nun kapsamına alınması söz konusu olabilir. Applestore ve Google Play aracılığıyla uygulama veya ürün satışının yapılabilmesi sebebiyle Apple ve Google, ETAHS olarak nitelendirilebilir. Çevrim içi arama hizmetleri sunmasından hareketle Google, ETHS kavramına sokulabilir. Benzer şekilde çevrimiçi reklamcılık hizmetleri sebebiyle Facebook'un, ETAHS sayılmasa da ETHS kavramına dahil olduğu söylenebilir. 7416 sayılı Kanun ile yapılan reformun dayandığı tekelleşme sorununun işlem platformu veya tipik e-ticaret hizmetleriyle sınırlı olmaması, E-Ticaret Kanunu'nun kapsamını genişletici nitelikteki söz konusu yorumu destekleyebilir. Ancak E-Ticaret Kanunu'nun getirmiş olduğu hükümlerin piyasaları dizayn edici nitelikleri dikkate alındığında, bunların uygulandığı süljelerin kapsamının genişletilmesi, hukuki belirlilik ve rekabet iktisadi açısından sorunların daha da yayılmasına ve derinleşmesine neden olabilir.

B. YENİ DÜZENLEMELERİN İÇERİĞİ

7416 sayılı Kanun ile getirilen düzenleyici hükümler, konu ve amaç yönünden iki ayrı gruba ayrılmaktadır. Birinci grup düzenlemeler, ETHS'ler ve ETAHS'ler arasındaki sözleşme ilişkisinde ETHS'ler aleyhine bozulan dengenin düzeltilmesi amacıyla ETAHS'lerin bazı haksız ticari uygulamalarda bulunmasını yasaklamaktadır (ek madde 1). Buradaki endişe, asıl itibarıyla ETAHS'nin piyasa gücüne sahip olmasından bağımsız olarak onun sözleşme ilişkisi içerisinde ETHS'lere karşı sahip olduğu asimetrik pazarlık gücünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla adil bir sözleşmesel ilişki düzeni yaratmayı amaçlayan söz konusu hükümler, doğrudan e-ticaret sektöründeki yoğunlaşmayı ve tekelleşmeyi önlemeyi amaçlamamaktadır. Bu hükümler, dijital piyasalarda geçit bekçilerinin

15 E-Ticaret Kanunu m. 1/3'te, bazı sektörlerde faaliyet gösteren ETAHS'ler kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu çerçevede seyahat acenteleri, hava yolu taşımacılığı yapan teşebbüsler, bireysel emeklilik hizmeti sağlayan teşebbüsler, bankalar, sigorta şirketleri, finansal kiralama ve faktöring hizmeti sağlayan teşebbüsler, E-Ticaret Kanunu'nun getirdiği yükümlülüklerle tabi değildirler.

sahip olduğu önemli ekonomik güçten kaynaklanan piyasa aksaklığını gidermeyi amaçlayan DMA'nin hükümlerinden ziyade, 2019/1150 sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları için Şeffaflığı ve Hakkaniyetin Geliştirilmesi Hakkında Tüzük hükümleri ile örtüşmektedir.

7416 sayılı Kanun'un öngördüğü ikinci grup yükümlülükler ise doğrudan e-ticaret sektöründeki tekelleşme eğilimlerini önlemeyi hedeflemektedir¹⁶. Söz konusu yükümlülüklerin bir kısmı, ayırım yapılmaksızın tüm ETAHS'ler için öngörülmüştür. Bunun dışında ETAHS'ler, net işlem hacimleri ve sayılarına göre orta ölçekli, büyük ölçekli ve çok büyük ölçekli olmak üzere üçe ayrılmış ve ölçek yükseldikçe bunlara kademeli olarak ek yükümlülükler getirilmiştir¹⁷. 7416 sayılı Kanun, esas olarak ETAHS'lerin piyasa gücünü kırpmayı hedeflese de ETAHS'lere getirilen birçok yükümlülük, atıf yoluyla yine net işlem hacmine göre yapılan bir ölçeklendirmeye ETHS'ler hakkında da uygulanır kılınmıştır.

Tekelleşme eğilimlerinin önlenmesine dönük yükümlülüklerin, dijital piyasaların rekabetçiliğini engelleyen piyasa aksaklığını gidermeyi hedeflemesi sebebiyle, amaçsal olarak DMA ve diğer rejimlerdeki dijital piyasaları hedefleyen düzenlemelerle benzerlik gösterdiği söylenebilir. Ancak E-Ticaret Kanunu'nda bu amaçtan yola çıkılarak benimsenen çözümler, diğer rejimlerdeki regülasyon çalışmalarından ciddi şekilde ayrılmaktadır. 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekliliği ve diğer rejim düzenlemeleri ile söz konusu şekilde ayrışmasının yerindeliği, değişikliğin genel gerekçesi ile bahsedilen hükümlerin ve bunların gerekçelerinin regülasyon teorisi ve rekabet iktisadı yönünden değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Makalenin sonraki bölümleri, bu yöndeki değerlendirmelere ayrılmıştır.

IV. E-TİCARET KANUNU'NUN GENEL SİSTEMATİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. GENEL GEREKÇENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da belirttiği üzere sosyal refahı maksimize etmeye yönelik iktisadi regülasyonun çıkış noktası, bir piyasa aksaklığının mevcudiyetidir. Yine yukarıda ifade edildiği üzere DMA ve diğer rejimlerdeki benzeri regülasyon çalışmalarında, dijital ekonomide geçit bekçisi olarak adlandırılan teşebbüslerin konumunun ve uygulamalarının yaratmış olduğu varsayılan piyasa aksaklığının giderilmesi hedef alınmıştır¹⁸. Söz konusu piyasa aksaklığının, destekleyici veri ve bilimsel çalışmalar

16 E-Ticaret Kanunu m. 12'de, e-ticaret sektöründeki tekelleşme eğilimlerini önlemeyi hedefleyen ikinci grup yükümlülüklerin ihlali konusunda, genel olarak asimetrik pazarlık gücünü dengelemeyi amaçlayan ilk grup yükümlülüklerin ihlaline kıyasla daha ciddi idari para cezaları öngörülmüştür. Bununla birlikte tekelleşmeyi hedef alan hükümlerin ihlali bakımından getirilen söz konusu idari para cezaları da hem tutar ve oran bakımından hem de nispi ve mutlak olup olmama yönünden birbirinden önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Bu farklılığın, belirli bir ekonomik temele dayandırıldığını söylemek güçtür.

17 Yükümlülüklerin belirlenmesinde net işlem hacmini esas alan eşiklerin kullanılmasına ilişkin eleştirilerimiz için bkz. aşağıda "Yükümlülüklerin Belirlenmesinde Esas Alınan Eşik Sisteminin Değerlendirilmesi" başlığı altındaki açıklamalara bkz.

18 Yukarıda "İktisadi Regülasyon Teorisi Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi" başlığı altındaki açıklamalara bkz.

olmadan Türkiye e-ticaret sektörü açısından da geçerli olduğu yönünde genel bir varsayımda bulunmak hatalı olur. Bu bakımdan e-ticaret sektörünün yapısını şekillendirme amacı taşıyan E-Ticaret Kanunu'nun gidermeyi hedeflediği piyasa aksaklığı ve bu aksaklığın mevcudiyetinin dayanakları konusunda öncelikle 7416 sayılı Kanun'un genel gerekçesinin incelenmesi gereklidir.

Genel gerekçede, bazı ETAHS'lerin "agresif büyüme stratejileri" uygulayarak ve ağ etkisi, ölçek ekonomileri ve veri kaynaklı avantajlardan faydalanarak büyük ölçekli hale geldiği, bunun da orta-uzun dönemde rekabet ortamının bozulması, tekelleşme ve nihai olarak fiyatların yükselmesi, ürünlerin kalite ve çeşitliğinin azalması, yatırım ve üretim potansiyelinin gerilemesi, hizmetlerin tekdüzeleşmesi ve inovasyonun azalması tehdidi yarattığı belirtilmiştir¹⁹. Genel gerekçede çizilen bu tablonun, DMA'nin giriş kısmında tanımlanan piyasa aksaklığı ile benzeştiği söylenebilir. Ne var ki genel gerekçede veya yasama çalışmaları sırasında e-ticaret sektörüne ilişkin varlığı iddia edilen sorunları destekleyen bir ampirik veri veya bilimsel çalışma sunulmamıştır. Kanun hazırlanırken belirli verilerden veya bilimsel çalışmalardan yararlanılmış olabilir de bunlara herhangi bir referans verilmemiştir. Söz konusu veri ve bilimsel analiz eksikliği, tek başına Türkiye e-ticaret sektöründe iddia edilen piyasa aksaklığının mevcudiyetini, dolayısıyla da piyasa mühendisliği içeren böyle bir düzenlemenin meşruiyetini ve yerindeliliğini sorgulatabilir niteliktedir.

Türkiye e-ticaret sektörüne ilişkin bilinen en geniş çalışma, 7416 sayılı Kanun'un yasalaşmasından kısa bir süre önce Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu'dur²⁰ ("E-Pazaryeri Raporu"). Bu raporda, esas olarak çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri piyasasında yoğunlaşma oranları incelenmiş ve Alibaba'nın kontrol ettiği Trendyol'un 2018 yılından itibaren rakiplerini geride bırakan bir büyüme trendine girdiği ifade edilmiştir²¹. Raporda, diğer e-ticaret piyasalarında bir yoğunlaşma sorununun olup olmadığı konusunda ise tespit bulunulmamıştır.

Türkiye'de dijital piyasaların yoğunlaşma seviyesi konusunda Rekabet Kurulu kararları da bir veri sunabilir. Kurul, E-Pazaryeri Raporu'ndaki bulgulara paralel olarak Trendyol'un çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri bakımından hâkim durumda olduğuna karar vermiştir.²² Kurul, ayrıca çevrim içi arama hizmetleri, genel arama bazlı metin reklamcılığı hizmetleri ve lisanslanabilir mobil işletim sistemleri piyasalarında Google'in²³; kişisel amaçlı sosyal ağ hizmetleri, tüketici iletişim hizmetleri ve

19 Genel gerekçede ayrıca ETAHS'lerin, tekelleşme eğilimleriyle birlikte e-ticaret ekosistemi içinde yer alan finans, lojistik, bilgi-iletişim gibi alanlarda da belirleyici konuma geldiği, dijitalleşmedeki hızlanma da dikkate alındığında bu durumun ekonomik, sosyal ve demokratik toplum düzeni açısından da riskler taşıdığı ifade edilmiştir. Buradan hareketle kanun koyucunun, e-ticaret piyasasındaki tekelleşme eğilimlerinin düzenlenmesi ihtiyacını, sadece iktisadi gerekçelerle açıklamadığı söylenebilir. Ancak aşağıdaki bölümlerde açıklandığı üzere genel gerekçenin tamamı ve madde gerekçeleri incelendiğinde, kanun koyucunun esas olarak sektördeki tekelleşme eğiliminin yarattığı iktisadi sorunları hedeflediği açıkça görülmektedir.

20 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/seyktor-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-202.204.25105139595-pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

21 E-Pazaryeri Raporu, par. 233.

22 Rekabet Kurulunun 26.07.2023 tarihli ve 23-33/633-213 sayılı kararı (gerekçeli karar henüz yayımlanmamıştır).

23 Rekabet Kurulunun 19.09.2018 tarihli ve 18-33/555-273 sayılı kararı; Rekabet Kurulunun 13.02.2020 tarihli ve 20-10/119-69 sayılı kararı; Rekabet Kurulunun 12.11.2020 tarihli ve 20-49/675-295 sayılı kararı.

çevrim içi görüntülü reklamcılık piyasalarında Meta'nın (Facebook'un)²⁴; çevrim içi yemek sipariş/servis platform hizmetleri piyasasında Yemeksepeti'nin²⁵; emlak satış/kiralama faaliyetlerine yönelik çevrim içi platform hizmeti ile vasıta satış faaliyetlerine yönelik çevrim içi platform hizmet piyasalarında Sahibinden'in²⁶ ve ikinci el kitap satışına aracılık sağlamaya yönelik platform hizmetleri piyasasında Nadirkitap'ın²⁷ hakim durumda olduğunu tespit etmiştir. Google ve Meta dışında Kurul tarafından hâkim durumda sayılan söz konusu teşebbüslerin çok dar piyasalarda faaliyet göstermeleri sebebiyle, bunların ticari kullanıcıların son kullanıcılara erişimi bakımından geçit oluşturma nitelikleri zayıftır. Güçlü bir ekosisteme sahip olmayan bu teşebbüslerin konumlarının, diğer teşebbüslerce tehdit edilemez nitelikte olduğu da söylenemez. Nitekim Yemeksepeti'nin, Getir ve Trendyol'un baskısıyla piyasadaki gücünü kaybettiği, Kurul tarafından da kabul edilmiştir²⁸. Ayrıca bir işlem platformu olmayan Sahibinden ile Google ve Meta'nın, hâkim durumda kabul edildikleri piyasalar bakımından ETAHS kavramına dahil olmadıklarını vurgulamak gerekir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu kararlarının da – özellikle çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri piyasası dışında – e-ticaret sektöründe piyasa aksaklığı niteliğinde sayılabilecek kalıcı bir yoğunlaşmayı ortaya koyduğunu söylemek güçtür.

Sonuç olarak Rekabet Kurumu kaynaklı veriler, ETAHS'ler açısından sadece çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri piyasasında Trendyol lehine bir yoğunlaşmanın mevcudiyetine işaret etmektedir. Bu yoğunlaşmaya rağmen Amazon gibi büyük piyasa oyuncularının varlığı da dikkate alındığında, Trendyol'un DMA'in kapsamına giren geçit bekçileri gibi, tehdit edilmesi çok zor olan bir ekonomik güce sahip olduğu iddiası tartışmaya açıktır. Ancak genel gerekçede belirtilen tekelleşme eğilimi endişesinin en azından çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri piyasası bakımından bir temelini bulduğundan bahsedilebilir. Her halükârda çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri açısından geçerli olan bu temele dayalı olarak bir piyasa aksaklığının varlığının verilerle desteklenmediği diğer tüm e-pazaryeri hizmetlerinin düzenlenmesi, başlı başına E-Ticaret Kanunu hükümlerini sorunlu kılmaktadır.

Türkiye e-ticaret sektörü özelinde piyasa aksaklığına yol açan bir yoğunlaşma sorununun varlığı kabul edilse dahi genel gerekçe, bu aksaklığın giderilmesi için benimsenen yaklaşımı temellendirme konusunda eksik kalmaktadır. DMA, piyasa aksaklığının giderilmesi amacıyla, geçit bekçisi sayılan platformların, piyasaların rekabetçiliğini ve adillliğini azaltıcı nitelikte olduğu kabul edilen belirli davranışlarda bulunmasını yasaklamıştır²⁹. Genel gerekçede dünyada dijital piyasaların düzenlenmesi konusundaki çalışmalara örnek olarak DMA'den bahsedilmiş olmasına rağmen, E-Ticaret Kanunu, DMA'den farklı olarak sadece geçit bekçilerinin belirli davranışlarını yasaklamakla kalmamış, lisans alma yükümlülüğü gibi doğrudan ETAHS'lerin önemli bir piyasa gücüne erişmesini engellemeyi, halihazırda hâkim durumda bulunanların bu güçlerini kaybetmelerini amaçlayan düzenlemeler

24 Rekabet Kurulunun 20.10.2022 tarihli ve 22-48/706-29 sayılı kararı.

25 Rekabet Kurulunun 09.06.2016 tarihli ve 16-20/347-156 sayılı kararı.

26 Rekabet Kurulunun 05.08.2021 tarihli ve 21-37/540-263 sayılı kararı.

27 Rekabet Kurulunun 07.04.2022 tarihli ve 22-16/273-122 sayılı kararı.

28 Rekabet Kurulunun 18.05.2022 tarihli ve 22-23/366-155 sayılı kararı, par. 33-49.

29 Benzer bir yaklaşım, Alman Rekabet Kanunu m. 19a ile diğer birçok rejimdeki dijital piyasalara özgü düzenleme taslaklarında da benimsenmiştir. Bu konuda bkz. OECD (n 1) 35-48.

getirmiştir. Genel gerekçede, bu şekilde DMA'den önemli ölçüde farklılaşan bir müdahale tarzının kabul edilmesinin sebepleri açıklanmamıştır. Aşağıdaki bölümlerdeki değerlendirmeler ile somutlaştırılacağı üzere piyasa mühendisliğine dönük söz konusu müdahaleci yaklaşım, e-ticaret sektörünün rekabetçiliğini ve sosyal refahı ciddi derecede olumsuz etkileme riski taşımaktadır.

Son olarak genel gerekçede de kabul edildiği üzere e-ticaret sektöründeki asıl sorun, ETAHS'lerin tekelleşme eğilimleri olmasına rağmen, ETAHS'lere getirilen yükümlülüklerin önemli bir bölümü, ETHS'ler hakkında da uygulanır kılınmıştır. Ancak genel gerekçede e-ticaret sektöründeki piyasa aksaklıklarının oluşmasında veya güçlenmesinde, ETHS'lerin piyasa gücünün etkili olduğuna yönelik özel bir bulguya veya gerekçeye yer verilmemiştir. ETAHS'lerin güçlü konumunun yarattığı piyasa aksaklıklarının giderilmesi amacıyla getirilen yükümlülüklerin, bu aksaklıktan en çok olumsuz etkilenen grup olan ETHS'lere de getirilmesinin, regülasyon teorisi ve rekabet iktisadı açısından anlaşılır bir zemini bulunmamaktadır.

B. YÜKÜMLÜLÜKLERİN BELİRLENMESİNDE ESAS ALINAN EŞİK SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

E-Ticaret Kanunu, ETHS'lerin ve ETAHS'lerin tabi olacakları yükümlülük ve sınırlamaların belirlenmesi konusunda net işlem hacmini ve işlem sayısını esas alan bir eşik sistemi getirmiştir. Bu bakımdan kanunun merkezinde yer alan “net işlem hacmi” kavramı, ETHS'ler ve ETAHS'ler bakımından ayrı ayrı tanımlanmıştır (E-Ticaret Kanunu m. 2/1(i)). Buna göre net işlem hacmi, ETHS'ler bakımından e-pazaryeri niteliğini haiz olmayan kendine ait e-ticaret ortamları üzerinden belirli bir dönemde yapılan satışların değerini, yani ciroyu ifade eder. Net işlem hacmi, ETAHS'ler bakımından ise aracılık hizmeti sunulan e-pazaryerlerinde gerçekleşen işlemlerin toplam değerini ifade eder. Dolayısıyla net işlem hacmi, ETAHS'ler açısından e-pazaryeri üzerinden aracılık edilen işlemler sebebiyle elde edilen komisyon ücretlerinden değil, söz konusu işlemlerin bedellerinin toplamından oluşur.

Eşiklerin hesabında sadece Türkiye'ye yönelik işlemler dikkate alınmaktadır. Bir ETAHS tarafından aynı veya farklı piyasalarda birden fazla işlem platformu işletiliyorsa net işlem hacmi ve işlem sayısının hesabında, söz konusu platformlar üzerinden yapılan satışların tamamı toplanır. Örneğin bir teşebbüs, iki ayrı pazaryeri aracılığıyla hem yemek siparişi aracılık hizmetleri hem de otel rezervasyon aracılık hizmetleri sunuyorsa bu iki pazaryerinde gerçekleşen işlem hacimleri ve sayıları toplanarak eşiklerin aşılıp aşılmadığı belirlenir. Ayrıca eşiklerin aşılıp aşılmadığının tespitinde, tüzel kişilik yerine ekonomik bütünlük esas alınmıştır³⁰. Bu çerçevede ETAHS'nin tabi olduğu ekonomik bütünlük içerisindeki kişilerce işletilen tüm pazaryerlerinin işlem hacmi ve sayısı toplanarak eşiklerin aşılıp aşılmadığı tespit edilir. Aynı ilkeler, ETHS'ler bakımından eşiklerin aşılıp aşılmadığının tespitinde de uygulanır. Bir teşebbüs hem bir e-pazaryeri işletiyor hem de pazaryeri niteliğinde

30 E-Ticaret Kanunu m. 2/1(j)'de “ekonomik bütünlük” kavramı rekabet hukukundaki anlamından farklı şekilde tanımlanmıştır. Bu kapsamda bir kişinin paylarının en az %25'ine sahip olduğu ticaret şirketleri de kontrol kriteri sağlanmasa dahi E-Ticaret Kanunu uyarınca ekonomik bütünlük içerisinde kabul edilmektedir.

olmayan bir elektronik ticaret ortamında satış yapıyorsa bu teşebbüsün ETAHS faaliyetleri için ayrı, ETHS faaliyetleri için ayrı net işlem hacmi hesaplanır.

Finansal bazlı niceliksel eşikler, DMA'de de yükümlülüklerle tabi olacak teşebbüslerin belirlenmesinde kullanılmaktadır³¹. Ancak E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen eşik sistemi, DMA'de öngörülen eşik sisteminden önemli ölçüde farklılaşmaktadır.

Öncelikle E-Ticaret Kanunu, yükümlülüklerin uygulanacağı teşebbüslerin belirlenmesi konusunda, niceliksel eşikleri tek ve kesin ölçüt olarak kabul etmiştir. DMA'de, geçit bekçisi sayılma, esas itibarıyla m. 3/1'de belirtilen niteliksel şartların sağlanmasına bağlanmıştır. DMA m. 3/1 uyarınca bir teşebbüs, (i) AB İç Pazarında (*Internal Market*) önemli etkiye sahip olma, (ii) ticari kullanıcıların son kullanıcılara erişebilmesi bakımından önemli bir geçit oluşturan temel platform hizmeti sunma ve (iii) faaliyetleri bakımından sağlam ve kalıcı bir pozisyona sahip olma veya yakın bir gelecekte söz konusu pozisyona sahip hale geleceğinin öngörülebilir olması şartlarının tümünü sağlaması halinde geçit bekçisi sayılacak ve DMA'deki yükümlülüklerle tabi olacaktır. DMA m. 3/2'de öngörülen finansal büyüklüğü ve kullanıcı sayısını esas alan niceliksel eşikler, esas olarak geçit bekçisi niteliğinin belirlenmesi konusunda bir karine işlevi görmektedir. Bir teşebbüs, niceliksel eşikleri aşmasına rağmen m. 3/1'de öngörülen geçit bekçiliği şartlarını sağlamadığını ispat etmesi halinde, DMA'nin kapsamı dışında kalacaktır (DMA m. 3/5). Benzer şekilde Komisyon, m. 3/2'deki eşikleri aşmamasına rağmen m. 3/1'deki şartları sağladığı kanaatine vardığı teşebbüsleri geçit bekçisi olarak belirleme yetkisine sahiptir (DMA m. 3/8). Ancak söz konusu karinenin çürütülmesi, hukuken mümkün olmakla birlikte, uygulamada bunun başarılması çok kolay değildir. DMA, teşebbüslerin bahis konusu karineyi çürütmek konusundaki olanaklarının çok sınırlı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir³².

Buna karşılık E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen eşiklerin aşılması, bir karine doğurmanın ötesinde, ilgili eşik için öngörülen yükümlülüklerin kendiliğinden ve kesin olarak uygulanması sonucunu doğurmaktadır. E-Ticaret Kanunu'nun amacının e-ticaret sektöründe tekelleşmenin önlenmesi olduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun, net işlem hacmini ve sayısını esas alan eşikleri piyasa gücünün ölçümü konusunda doğru ve mutlak bir gösterge olarak kabul ettiği söylenebilir.

Net işlem hacmi ve işlem sayısının, ilgili teşebbüsün piyasa gücünün belirlenmesi konusunda tek gösterge olarak alınmasını yerinde görmek zordur. Söz konusu niceliksel eşikler, ilgili sektörün hacmine göre belirli sektörlerde önemli bir piyasa gücüne işaret edebilecek iken, diğer sektörlerde piyasa gücünü göstermekten uzak kalabilir. Genel gerekçe veya ilgili madde gerekçelerinde söz konusu eşikler konulurken hangi sektörün esas alındığı belirtilmemiştir. Yasalaşma çalışmaları sırasındaki tartışmalardan, eşikler belirlenirken çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri sektörünün dikkate alındığı yönünde bir tahminde bulunulabilse de bu konuda gerekçede bir açıklık sağlanmaması önemli bir eksiklik³³. Türkiye e-ticaret sektöründe tekelleşme eğilimlerinin en ciddi şekilde çok

31 Alman Rekabet Kanunu ile dijital piyasalara ilişkin diğer birçok düzenleme taslağında ise tamamen niteliksel kriterlere dayalı olarak düzenlemenin süjeleri belirlenmiştir, bkz. OECD (n 1) 29.

32 Erin Thomson, 'What Can the DMU Learn from the DMA?' (2022) 9(2) *North East Law Review* 42, 46-47.

33 ETHS'ler için E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen eşiklerin belirlenmesinde hangi sektörün dikkate alındığı konusunda ise herhangi bir tahminde bulunulması zordur.

kategorili e-pazaryeri hizmetleri piyasasında görüldüğünden hareketle, eşiklerin belirlenmesinde bu piyasanın esas alınmasının makul olduğu iddia edilebilir. Ancak çok kategorili e-pazaryeri hizmetleri piyasasının dinamik yapısı ve ülkedeki enflasyon artışı gözetildiğinde, net işlem hacimlerinin bu piyasa açısından dahi piyasa gücünün ölçümlenmesi bakımından kesin bir gösterge teşkil etmesi zordur.

Eşiklerin aşılıp aşılmadığının tespitinde aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tüm ETAHS'lerin net işlem hacimlerinin ve işlem sayılarının toplanması, yükümlülüklerin belirlenmesinde söz konusu eşiklerin mutlak bir kriter olarak kullanılmasını çok daha sorunlu hale getirmektedir. Örneğin bir teşebbüsün aynı anda yemek siparişi, market alışverişi ve otel rezervasyon pazaryeri hizmetleri alanlarında faaliyet göstermesi ihtimalinde eşiklerin aşılması, ilgili eşikler için öngörülen yükümlülüklerin söz konusu teşebbüsün çok düşük bir piyasa payına sahip olduğu faaliyetlerine (örneğin otel rezervasyon aracılık hizmetlerine) de aynen uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bu durum, ETAHS'nin küçük bir piyasa oyuncusu olduğu faaliyetleri bakımından piyasa gücüne sahip teşebbüslere rekabet baskısı yaratmasını engelleyerek piyasaların rekabetçiliğini daha da kötüleştirebilir.

Bütün bu açıklamalar ışığında, niceliksel eşiklerin, piyasa gücünün belirlenmesi bakımından tek gösterge olarak alınarak, bu eşiklerin aşılması halinde teşebbüslerin rekabetçiliğine ciddi etkileri olan yükümlülüklerin kendiliğinden uygulanmasının, rekabet iktisadı yönünden makul bir müdahale yöntemi olarak görülmesi zordur. Dolayısıyla E-Ticaret Kanunu'nda hedeflenen teşebbüslerin belirlenmesinde niteliksel kriterlerin esas alınması daha uygun bir yöntem olurdu. Mutlaka niceliksel eşikler kullanılmak isteniyorsa bu eşiklere en fazla aksi kanıtlanabilir bir karine işlevi tanınmalıdır. Bu halde söz konusu karinenin çürütülebilmesine imkân tanıyacak makul ve etkin bir sürecin öngörülmesi de gerekir.

E-Ticaret Kanunu'nun eşik sistemi bakımından DMA'den farklılaştığı en önemli yön ise yükümlülüklerin daha geniş bir teşebbüs grubuna bir kademelendirme yapılarak uygulanmasıdır. DMA, sadece piyasa aksaklığının merkezinde yer aldığı düşünülen geçit bekçilerini kapsamına almış ve bunların tespiti amacıyla tek bir eşik belirlemiştir. Komisyon tarafından bugüne kadar sadece altı teşebbüs – Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft – geçit bekçisi olarak belirlenmiştir³⁴. Buna karşılık E-Ticaret Kanunu, ETAHS'leri net işlem hacimleri ve işlem sayılarına göre "orta", "büyük" ve "çok büyük" ölçekli olmak üzere üç gruba ayırmış ve eşikler aşıldıkça kademeli olarak yeni yükümlülükler getirmiştir. Bununla birlikte bazı yükümlülükler, eşiklere bakılmaksızın tüm ETAHS'ler için getirilmiş, ek madde 4'te öngörülen lisans yükümlülüğü konusunda ise net işlem hacmine bağlı daha farklı bir eşik sistemi benimsenmiştir³⁵.

34 Bkz. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

35 E-Ticaret Kanunu'nun 2'nci geçici maddesinin dördüncü fıkrasında, ek 2'nci, ek 3'üncü ve ek 4'üncü maddelerde belirtilen eşiklerin, Şubat 2023'te Cumhurbaşkanlığı kararı ile yarısına kadar artırılacağı öngörülmüştür. Bu kapsamda 23.02.2023 tarihli ve 32113 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6829 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, söz konusu maddelerdeki tutarlar yarı oranında artırılmıştır.

Piyasa aksaklığının e-ticaret sektöründeki tekelleşme eğilimlerinden kaynaklandığı dikkate alındığında, piyasada tekelleşen veya tekelleşme eğilim gösteren teşebbüsler dışında, söz konusu teşebbüslerin piyasa gücünü tehdit edebilecek olan diğer teşebbüslere de bunların rekabetçiliğini azaltan yükümlülükler getirilmesi, rekabet iktisadı açısından oldukça sorunludur³⁶. Muafiyet imkânı olmaksızın ve piyasa ayırımı yapmaksızın *ex ante* bir düzenleme ile geniş bir teşebbüs grubuna *per se* yükümlülükler getirilmesinin, piyasadaki fiyat ve inovasyon rekabetini azaltarak sosyal refaha zarar verme ihtimali çok daha yüksektir. Bir an için geniş bir teşebbüs grubu açısından *ex ante* şekilde yasaklanabilecek davranışların var olduğu teoride kabul edilse dahi, E-Ticaret Kanunu'nda eşiklerin ve her bir eşik için öngörülen yükümlülüklerin hangi esasa ve veriye dayalı olarak belirlendiği konusunda ne genel gerekçede ne madde gerekçelerinde ne de yasama çalışmaları aşamasında detaylı bir açıklama sunulmuştur. Aşağıda belirli yükümlülükler özelinde yapılan değerlendirmeler ile somutlaştırılacağı üzere, E-Ticaret Kanunu'nun her bir ölçüğe uygun yükümlülüklerin belirlenmesi konusunda başarılı olduğunu söylemek oldukça güçtür.

C. DÜZENLEYİCİ OTORİTE SEÇİMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda ifade edildiği üzere³⁷ bir regülasyonun başarısı, düzenleyici otoritenin ilgili piyasanın işleyişi ve piyasa aksaklığının giderilmesi için uygun yöntemin belirlenmesi konularında gerekli bilgi ve tecrübeye ve ilgili düzenlemeleri etkin bir şekilde uygulamak için yeterli kapasiteye sahip olmasına bağlıdır. Her ne kadar genel gerekçede e-ticaret sektöründe tekelleşme eğilimlerinin sosyal ve demokratik toplum düzeni açısından risk yaratmakta olduğu belirtilmişse de madde gerekçelerinin de desteklediği üzere, bu konuda temel alınan asıl endişe, söz konusu tekelleşmenin yarattığı iktisadi sorunlardır. E-Ticaret Kanunu ise tekelleşmenin önlenmesine yönelik düzenlenmelerin uygulanmasını Ticaret Bakanlığına bırakmıştır. Bakanlığın çevrimiçi platformların ekonomik özellikleri konusunda bilgi birikimi yeterli seviyede olmadığı gibi, tekelleşme kontrolüne dair hükümlerin tatbikinde de tecrübesi ve kapasitesi kısıtlıdır. Bu nedenle yasa koyucunun düzenleyici otorite konusundaki tercihi eleştiriye açıktır. Oysa tekelleşmenin yarattığı iktisadi sorunlar ve bu sorunların giderilmesi konusunda Türkiye'deki en uzman ve tecrübeli kamu otoritesinin Rekabet Kurumu (Rekabet Kurulu) olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Rekabet Kurulunun dijital piyasalarda hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı davranışlarına ilişkin vermiş olduğu çok sayıda karar³⁸ ve bu piyasalara ilişkin olarak hazırlanan sektör raporları³⁹, dijital piyasalardaki tekelleşme sorunları özelinde de Rekabet Kurumunun en yetkin kurum olduğunu göstermektedir.

36 ETHS ve ETAHS'ler arasındaki sözleşme ilişkisinde ETHS'ler aleyhine bozulan dengenin düzeltilmesi amacıyla ek madde 1'de öngörülen haksız ticari uygulama yasakları açısından ise daha farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. ETAHS'lerin sözleşmesel ilişki içerisinde ETHS'lere karşı sahip oldukları asimetric pazarlık gücü, piyasa gücünden bağımsız olduğu için söz konusu yasakların tüm ETAHS'lere uygulanması amaca uygun görülebilir.

37 Yukarıda "İktisadi Regülasyon Teorisi Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi" başlığı altındaki açıklamalara bkz.

38 Bkz. yukarı dn. 14.

39 Rekabet Kurumu, dijital piyasalara ilişkin olarak E-Pazaryeri Raporu yanında, Çevrim İçi Reklamcılık Sektör İncelemesi Ön Raporu ile Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu'nu da yayımlamıştır. Sırasıyla bkz. <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/cevrimici-reklamcilik-on-raporu-202.310.09170548088.pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024; <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/odeme-hizmetlerindeki-finansal-teknolojilere-yonelik-inceleme-raporu-202.112.09145616284-pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

Nitekim dijital piyasalara ilişkin diğer rejimlerdeki düzenleme veya düzenleme taslaklarında, düzenlemelerin yürütülmesinin genel olarak rekabet otoritesine bırakıldığı görülmektedir⁴⁰. Rekabet Kurumu tarafından dijital piyasalardaki piyasa aksaklığını gidermeye yönelik olarak hazırlanan ve diğer gelişmiş rejimlerdeki düzenleme çalışmalarıyla uyumlu olan Değişiklik Taslağı'nda da yetkili otorite olarak Rekabet Kurumu belirlenmiştir. Bu nedenle E-Ticaret Kanunu'ndaki düzenleyici otorite tercihi, Kanunda halihazırda var olan sorunları daha da ağırlaştırma potansiyeline sahiptir.

V. YÜKÜMLÜLÜKLER ÖZELİNDE DEĞERLENDİRMELER

E-Ticaret Kanunu'nda tekelleşmenin önlenmesini amaçlayan yükümlülüklerin bir kısmı, tüm ETAHS'ler için geçerliken, diğer yükümlülükler ETAHS'nin orta, büyük ve çok büyük ölçekli olmasına göre kademeli olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda çok büyük ölçekli ETAHS'ler, ETAHS'ler için öngörülmüş tüm yükümlülüklerle tabi kılınmıştır.

E-Ticaret Kanunu'nda ETAHS'ler için getirilen yükümlülüklerin bir kısmı, esas itibarıyla Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan Değişiklik Taslağı'nda ve DMA başta olmak üzere dijital piyasalara ilişkin diğer rejimlerin düzenlemelerinde de yer almaktadır. Bu tür yükümlülüklerin başında, (i) orta ölçekli ETAHS'ler için getirilen ETHS'lerin verilerini onlarla rekabet ederken kullanmama yükümlülüğü (ek madde 2/2(a)) ile veri taşımaya ve veriye erişime izin verme yükümlülükleri (ek madde 2/2(b)) ve (ii) büyük ölçekli ETAHS'lere getirilen ETHS'lerin ticari ilişkilerini, alternatif kanallardan aynı ya da farklı fiyattan mal veya hizmet sunmasını ya da reklam yapmasını kısıtlamama ve herhangi bir kişiden mal veya hizmet teminine zorlamama yükümlülüğü (ek madde 2/3(c)) sayılabilir. Bu yükümlülüklerin uygulanacağı teşebbüslerin belirlenmesinde esas alınan eşikler ve yükümlülüklerin *per se* uygulanır olma niteliği, yukarıda da belirttiğimiz gibi eleştiriye açıktır. Ancak bu yükümlülüklerin, dijital piyasaların regülasyonu konusundaki çalışmalar dikkate alındığında, atipik oldukları söylenemez.

E-Ticaret Kanunu'nda yer alan birtakım yükümlülükler ise dijital piyasalara ilişkin diğer rejimlerdeki düzenlemelerde veya düzenleme taslaklarında yer almayan ve piyasa mühendisliği amacı güden atipik yükümlülüklerdir. Bu atipik yükümlülüklerin önemli bir bölümü, ETAHS'ler yanında ETHS'ler için de getirilmiştir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere dijital ekonomideki piyasa aksaklıkları, esas olarak ETAHS'lerin (veya genel olarak çevrim içi platformların) sahip oldukları piyasa konumu ve davranışlarından kaynaklanmaktadır. Buradan hareketle ETAHS'leri hedefine alan söz konusu yükümlülüklerin, piyasa aksaklığının başlıca mağduru olarak ETHS'lere de uygulanması, ontolojik olarak sorunludur. Dolayısıyla aşağıda e-ticaret sektöründeki rekabet koşullarına ve sosyal refaha daha dramatik etkisi olacağı düşünülen söz konusu atipik yükümlülükler, bunların esas süjesi olan ETAHS'ler açısından ele alınmıştır.

40 OECD (n 1) 29-30.

A. LİSANS ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Dijital piyasalara ilişkin diğer rejimlerdeki regülasyon çabaları ve bu konudaki bilimsel çalışmalar dikkate alındığında, E-Ticaret Kanunu'nun getirmiş olduğu en sıra dışı ve belki de en sorunlu yükümlülük, ek madde 4'te öngörülen lisans alma yükümlülüğüdür.

Lisans alma yükümlülüğü, orta ölçekli ETAHS'ler (büyük ölçekli ve çok büyük ölçekli ETAHS'ler dahil) için öngörülmiştir⁴¹. Bu ETAHS'lerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için söz konusu lisans almaları ve her yıl yenilemeleri gereklidir. Lisans için ödenmesi gereken yıllık lisans ücreti, net işlem hacmine dayalı sekiz ayrı eşik için net işlem hacminin farklı bir oranı temel alınarak belirlenmiştir. Birden fazla eşik aşılması durumunda, net işlem hacminin her bir eşik aşan ve bir sonraki eşik kadar olan kısmının belirli bir yüzdesi lisans ücretine eklenmektedir. İlk eşik 15 milyar Türk lirası olup, bu eşik aşılması halinde, aşılacak kısım için %0,03 oranında lisans ücreti ödenecektir. Oranlar, işlem hacimleri büyüdükçe artmaktadır. Bu oran, 45 milyar Türk liralık eşik için %1 iken, 75 milyar Türk liralık eşik için %10'a, en yüksek eşik olan 97,5 milyar Türk liralık eşik için ise %25'e yükselmektedir⁴².

Lisans ücretinin en çarpıcı yönü, net gelir üzerinden değil, net işlem hacmi üzerinden hesaplanmasıdır. ETAHS'ler için net işlem hacmi, cironun ötesinde pazaryeri üzerinden yapılan işlemlerin bedellerinin toplamını ifade etmektedir. ETAHS'lerin cirosu, piyasa koşullarına ve aracılık yapılan ürün çeşidine bağlı olarak net işlem bedelinin %15'i ile %25'i aralığında değişebilmektedir. Operasyonel maliyetler de hesaba katıldığında ETAHS'lerin net gelirinin, işlem hacminin düşük bir yüzdesini oluşturacağı tahmininde bulunulabilir. Bu kapsamda lisans ücretinin belirlenmesine yönelik bu sistem, ETAHS'lerin belirli büyüklüğü aşmaları durumunda zarar etmelerine neden olabilecek, bu da teşebbüsleri söz konusu zarara katlanmamak için büyümekten kaçınma konusunda güdüleyecektir.

Madde gerekçesinde, lisans alma yükümlülüğünün, *"pazara yeni giren işletmelerin eşit şartlar altında rekabet edebilmesine imkân sağlayabilmek ve belli büyüklükteki işletmelerin serbest piyasa koşullarını bozucu şekilde faaliyet göstermesini engellemek amacıyla"* getirildiği, maddedeki eşiklerin *"işletmelerin piyasa rekabetini bozmadan sağlıklı büyümesini dikkate alan bir yöntemle"* belirlendiği ifade edilmiştir. Burada hukuki veya ekonomik bir kavram olmayan "sağlıklı büyüme" ifadesi ile neyin kastedildiği açık değildir. Söz konusu kavramın, teşebbüslerin ekonomik etkinlik yaratıcı şekilde büyümesini ifade ettiğini kabul etmek, ekonomik açıdan daha makul olacaktır. Ancak hükmün ruhunun söz konusu çıkarımı desteklediği kuşkuludur. Bu şekilde belirsiz bir kriterin kullanılması, tek başına gerekçeyi sorunlu kılmaktadır. Her halükârda lisans yükümlülüğünün bu gerekçeyle uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir.

41 Bu yükümlülük, E-Ticaret Kanunu ek madde 3/3 uyarınca orta ölçekli ETHS'ler hakkında da uygulanmaktadır.

42 Örneğin bir ETAHS'nin bir önceki takvim yılına ilişkin net işlem cirosu 110 milyar Türk Lirası ise lisans ücreti şu şekilde hesaplanacaktır: $((30 \text{ milyar TL} - 15 \text{ milyar TL}) \times \% 0,03) + ((45 \text{ milyar TL} - 30 \text{ milyar TL}) \times \% 0,5) + ((60 \text{ milyar TL} - 45 \text{ milyar TL}) \times \% 1) + ((75 \text{ milyar TL} - 60 \text{ milyar TL}) \times \% 5) + ((82,5 \text{ milyar TL} - 75 \text{ milyar TL}) \times \% 10) + ((90 \text{ milyar TL} - 82,5 \text{ milyar TL}) \times \% 15) + (97,5 \text{ milyar TL} - 90 \text{ milyar TL}) \times \% 20) + ((110 \text{ milyar TL} - 97,5 \text{ milyar TL}) \times \% 25) = 7.479.500.000$ Türk Lirası.

Öncelikle serbest piyasa koşullarını bozucu davranışların engellenmesi amaçlanıyorsa sadece söz konusu davranışların yasaklanması gerekirdi. Lisans ücretine ilişkin söz konusu sistem, bu şekilde rekabeti bozucu davranışların yasaklamanın ötesinde, ETAHS'lerin herhangi bir rekabete aykırı veya haksız davranışta bulunmadan iç dinamiklerle belirli bir büyüklüğe ulaşmasını engellemektedir. RKHK m.6'nın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bir teşebbüsün kendi iç dinamikleriyle organik olarak büyüyerek çeşitli sektörlerde hâkim duruma gelmesi, serbest rekabete aykırı ve rekabet iktisadî açısından sakıncalı bir durum değildir. Bilakis büyüme ve piyasaya hakim olma güdüsü, rekabeti teşvik eden bir durumdur. Dolayısıyla aksi yaklaşım, teşebbüslerin rekabet etme güdüsünü zayıflatarak rekabetten beklenen etkinliklerin elde edilmesini engeller ve bu şekilde sosyal refahı azaltır. Dijital piyasalarda ölçek ekonomisinin maliyetleri azaltma ve inovasyonu teşvik etme rolü gözetildiğinde, bu piyasalara ilişkin getirilecek ölçek sınırlamalarının, sosyal refah üzerindeki olumsuz etkisi çok daha ciddi boyutlara ulaşabilecektir.

Aynı nedenle lisans ücretinin, işletmelerin piyasa rekabetini bozmadan sağlıklı büyümesini dikkate alan bir yöntemle belirlendiğine yönelik açıklamaya da katılmamaktayız. Ek madde 4'teki eşiklerin ve oranların hangi esaslara göre belirlendiğinin belirli olmaması bir yana, söz konusu yükümlülük, teşebbüslerin ölçek ekonomisinden yararlanarak ve inovasyon yaratarak etkin ve verimli bir şekilde büyümesinin önünde bir set oluşturmaktadır. Bu engel, teşebbüsleri sağlıklı bir rekabet sürecinde başvurulması beklenmeyecek çözümlere itebilir. Lisans yükümlülüğünün yeni olması ve e-ticaretin dinamikliği ve karmaşıklığı dikkate alındığında, bu tür çözümlere geniş bir örnek yelpazesi sunmak güçtür. Mevcut durumda ETAHS'lerin, net işlem hacimlerini düşürmek için komisyon oranlarını artırıp işlem sayılarını azaltma veya düşük komisyonlu bazı ürünler için aracılık hizmeti sunumuna son verme çözümlerine başvurulabileceği öngörüsünde bulunulabilir. Etkinlik temelli olmayan bu çözümlerin, sağlıklı bir rekabet ortamı yaratılması amacına hizmet etmesi, ancak tesadüfi şekilde gerçekleşir. Bu çözümlerin fiyatların artışına neden olması ise çok daha öngörülebilir bir ihtimaldir. Komisyon oranlarının yükselmesinin, e-pazaryeri hizmetlerinin, dolayısıyla da ürünlerin fiyatında doğrudan bir artışa sebebiyet vermesi beklenir Hizmet kapsamının daraltılması da kapsam dışına çıkarılan hizmetlerde rekabeti azaltıp, komisyon ücretlerinin artışına ve en nihayetinde ürünlerin fiyatının yükselmesine neden olabilir.

Teşebbüslerce hangi çözüm uygulanırsa uygulansın, iki taraflı piyasaları şekillendiren özelliklerin başında gelen ağ etkisi, teşebbüslerin en optimum kârlılığı sağlayacakları bir net işlem hacmi aralığında tutunmalarını ciddi derecede zorlaştıracaktır⁴³. Şöyle ki bir ETAHS'nin komisyon ücretlerini artırması veya ürün çeşitliliğini azaltması, onun ticari veya son kullanıcılarca tercih edilirliliğini azaltarak geriye doğru işleyecek bir ağ etkisini tetikleyebilir. Bu yönde sağlıklı bir öngöründe bulunamayan teşebbüsler, planladıklarının çok ötesinde küçülebilir ve dijital ekonominin dinamikliği dikkate alındığında piyasa dışına çıkabilir. Diğer yandan arzu edilen küçülmeyi başaramayan bir teşebbüs, ciddi zarara uğramasına neden olacak bir lisans ücreti ödemek durumunda kalabilir. Teşebbüsleri ve

43 İki taraflı piyasaların ekonomik özellikleri konusunda bkz. Geoffrey A. Manne ve Kristian Stout, "The Evolution of Antitrust Doctrine After Ohio v. Amex and the Apple v. Pepper Decision That Should Have Been" (2019) 98(2) *Nebraska Law Review* 424-459.

onların yatırımcılarını bu şekilde ciddi bir belirsizlik içerisinde bırakan söz konusu lisans sisteminin, Anayasa'nın 48'inci maddesinde öngörülen teşebbüs hürriyetini ihlal ettiğinden bahsedilebilir.⁴⁴

B. KENDİ MARKALI ÜRÜNLERİ SATMA YASAĞI

E-Ticaret Kanunu'nun, dijital piyasaların regülasyonu bakımından öngörmüş olduğu bir diğer önemli atipik düzenleme ise ETAHS'lere getirilen e-pazaryerleri hizmetleri ile satış hizmetlerini birbirinden ayırıştırma yükümlülüğüdür (ek madde 3/1(a)). Bu yükümlülük çerçevesinde ETAHS'lerin, aracılık hizmeti sundukları e-pazaryerlerinde kendilerinin veya aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan diğer kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunması veya bu malların satışına aracılık etmesi yasaklanmıştır. Hükümde, söz konusu malların, farklı e-ticaret ortamında satılması hâlinde, bu ortamlar arasında erişim imkânı sunulması veya birbirinin tanıtımının yapılması da yasak kapsamına alınmıştır.

Kendi markasının satışına ilişkin getirilen bu yasağın en önemli özelliği, herhangi bir eşğin aşılp aşılmadığına bakılmaksızın tüm ETAHS'ler için getirilmesidir. Bununla birlikte hükümde sadece “mal”dan bahsedilmesi sebebiyle, ETAHS'nin kendi pazaryerinden kendi markalı hizmetlerini sunması bu yasak kapsamında değildir⁴⁵. Toplam satış hasılatının yarısından fazlasını e-ticaret dışındaki satışlardan elde eden kişilerin markasını taşıyan veya marka kullanım hakkını haiz olduğu mallar da söz konusu yasaktan istisna tutulmuştur. Yine ETAHS'nin kendi markasını veya lisans hakkına sahip olduğu markaları taşımayan malları, kendi pazaryerinden satması, yasağın kapsamı dışındadır. Örneğin bir pazaryeri, Samsung markalı ürünleri alıp yeniden satıcı olarak kendi e-pazaryerinde satabilir⁴⁶.

Hükümün gerekçesinde, söz konusu yükümlülüğün amacının, ETAHS'lerin aracılık hizmeti sundukları ETHS'lerin satışlarından elde ettiği verileri, yine bu ETHS'ler ile rekabet ederken kendilerine avantaj sağlayacak şekilde kullanmalarının önlenmesi olduğu ifade edilmiştir. *Trendyol* kararında⁴⁷ ve AB'de *Amazon Buybox* kararında⁴⁸ da öngörüldüğü üzere, gerekçedeki endişeyi doğuran davranışlar, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi halinde rekabeti kısıtlayıcı bir etki gösterebilir. Nitekim DMA m. 6'da da geçit beklisi niteliğindeki teşebbüsler tarafından ticari kullanıcıların

44 Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır, bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2022/109, K 2023/125, 13.07.2023.

45 E-Ticaret Kanunu'nda “mal” kavramının tanımına yer verilmemiştir. “Mal” kavramı geniş yorumlanarak, “gayri maddi mal” kavramı altında mobil uygulama ve oyun gibi malvarlığı değerlerinin de yasağın kapsamında olduğu iddia edilebilir. Bu yorum kabul edilirse mobil uygulamaların ve oyunların satışına aracılık etmesi sebebiyle ETAHS sayılabilecek olan Appstore'da, Apple ekonomik bütünlüğünün ücretli uygulamalarının ve oyunlarının sunulması mümkün olmayacaktır. Ancak zaten sorunlu olan yasağın kapsamının bu şekilde genişletilmesi, sorunların daha da büyümesine sebebiyet verecektir. Düzenlemenin amacıyla da daha uyumlu olması sebebiyle, gayri maddi malların, yasağın kapsam dışında tutulması gerektiği kanısındayız.

46 E-Ticaret Kanunu ek madde m. 2/5'te, dergi ve gazete gibi süreli yayınlar ile kitap ve elektronik kitap okuyucuları da kendi markalı ürünleri satış yasağından istisna tutulmuştur. Hükümün gerekçesinde bu istisnanın sebebi açıklanmamıştır.

47 Bkz. yukarı dn. 22.

48 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4522 (Erişim Tarihi: 22.12.2023).

verilerinin onlarla rekabette kullanılması ve kendi ürünlerinin kayrılması yasaklanmıştır.⁴⁹ Buna karşılık kanun koyucu, söz konusu endişeyi kökten çözüme amacıyla herhangi bir ölçek ayırımı yapmaksızın tüm ETAHS'ler için pazaryeri faaliyetleri ile kendi markalı ürünlerinin satışına ilişkin faaliyetlerini tamamen birbirinden ayırıştırma yükümlülüğü getirmiştir. Dijital piyasalara ilişkin diğer rejimlerdeki regülasyon çalışmalarında eşi benzeri bulunmayan bu tür toptancı bir yasad, çözmeyi amaçladığı soruna göre ciddi derecede ölçüsüzdür.

Öncelikle gerekçede belirtilen endişenin haklı olduğunun kabulü halinde, ETAHS'ler tarafından ETHS'lerin verilerinin kullanımının ve kendi ürünlerinin kayrılmasının yasaklanması, söz konusu endişenin giderilmesi için yeterli olacaktır. Nitekim E-Ticaret Kanunu ek madde 2/2(a)'da orta ölçekli ETAHS'ler için ETHS verilerinin hizmet sunumu amacı dışında ticari olarak kullanılması halihazırda yasaklanmıştır. Orta ölçekli teşebbüsler için böyle bir yükümlülük getirilmiş iken ayrıca tüm teşebbüsler için dikey bütünleşmeyi yasaklayan daha geniş bir sınır getirilmesini, regülasyon teorisi ve rekabet iktisadı açısından makul bir zemine oturtmak oldukça güçtür.

Dikey entegrasyon, önemli ekonomik etkinlikler yaratma potansiyeline sahiptir⁵⁰. Gerekçede belirtilen endişenin, bu endişeyi doğuran davranışların yasaklanmasıyla giderilmesi mümkün iken, dikey entegrasyonun doğuracağı söz konusu etkinliklerden tümüyle vazgeçilmesi, piyasaların rekabetçiliğini ve sosyal refahı olumsuz etkileme riski taşımaktadır. Şöyle ki düşük piyasa payına sahip teşebbüsler, söz konusu etkinlikler sayesinde daha ucuz ve yenilikçi ürünler sunarak piyasa gücüne sahip ETAHS'lere rekabet baskısı oluşturabilir. Örneğin yeni kurulmuş bir ETAHS, ilk başta kendi pazaryerinde kendi markalı ürünleriyle çeşitlilik yaratıp ticari ve son kullanıcıları çekebilir ve bu şekilde ağ etkisi yakalayarak piyasada tutunabilir. Diğer yandan bir ETHS, sadece kendi ürünlerini sattığı e-ticaret ortamının yeterli trafik almaması sebebiyle, kendi e-ticaret ortamını başka teşebbüslerin ürünlerine açarak daha yüksek hacimlere ulaşabilir. Bunun da ötesinde küçük boyuttaki bir ETAHS'nin kendi pazaryerinde ürün satışı yapamaması, onu komisyon ödeyerek ürünlerini daha büyük ETAHS'lerde satmaya yöneltecek, bu da piyasa gücüne sahip ETAHS'ler lehine bir sonuç doğurabilecektir. Diğer teşebbüslerin piyasa gücüne sahip ETAHS'lere rekabet baskısı uygulama gücünü azaltıp, atipik nitelikteki diğer yükümlülük ve yasaklarla ETAHS'lerin organik büyümesinin sınırlandırılması, sonuçları öngörülemeyen çarpık bir piyasa düzeni yaratma potansiyeline sahiptir.

C. REKLAM VE İNDİRİM BÜTÇESİ SINIRLAMALARI

E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen atipik düzenlemelerin bir diğer örneği ise büyük ölçekli ETAHS'lerin reklam ve indirim bütçelerine getirilen sınırlamalardır⁵¹.

49 Benzer yükümlülüklerle, Alman Rekabet Kanunu'nun 19a maddesinde ve diğer rejimlerdeki düzenleme taslaklarında da yer verilmiştir, bkz. OECD (n 1) 40-45. Rekabet Kurumunca hazırlanan Değişiklik Taslağı da bu yönde yükümlülükler içermektedir, bkz. Sanlı ve Doğan (n 1) 316-324.

50 Dikey entegrasyonun rekabetçi etkileri hakkında bkz. Michael H Riordan, 'Competitive Effects of Vertical Integration' (Columbia University Department of Economics Discussion Paper, 2005) <<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8R21CMJ>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024; Simon Loertscher ve Markus Reisinger, 'Market Structure and the Competitive Effects of Vertical Integration' (2014) 45(3) *RAND Journal of Economics* 471-494.

51 Bu sınırlamalar, E-Ticaret Kanunu ek madde 3/3 uyarınca büyük ölçekli ETHS'ler hakkında da uygulanmaktadır.

Ek madde 2/3(a)'da büyük ölçekli ETAHS'lerin yıllık reklam bütçesi, bir önceki takvim yılındaki net işlem hacminin aynı takvim yılına ilişkin on iki aylık ortalama Tüketici Fiyat Endeksi değişim oranı uygulanmış tutarının 45 Milyar Türk Liralık kısmının %2'si ile 45 Milyar Türk Lirasının üzerindeki kısmın %0,03'ünün toplamı ile sınırlandırılmıştır. Bu sınır, aynı ekonomik bütünlük içindeki tüm ETAHS'ler ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunup e-ticaret pazaryerinde faaliyet gösteren ETHS'lerin tümü için toplam reklam bütçesini oluşturur.

Ek madde 2/3/b ise büyük ölçekli ETAHS'lerin bir yıl içerisinde uygulayabilecekleri indirim (promosyon, ödül, puan, kupon, hediye çeki ve benzeri imkânlar) bütçesine bir üst sınır getirmiştir. Söz konusu indirim bütçesinin üst sınırı, reklam bütçesi üst sınırı ile aynı şekilde hesaplanmaktadır. Bu şekilde hesaplanacak tutar, ETAHS ve onunla aynı ekonomik bütünlük içerisindeki kişiler tarafından ticari kullanıcılar ile son kullanıcılara yapılabilecek toplam indirimin sınırını oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde, büyük ölçekli ETAHS'lerin sahip oldukları finansal güç sayesinde aşırı reklam vererek rakiplerinin hem reklam verme maliyetlerini artırdıkları hem de reklam verebileceği mecraları sınırlandırarak tanıtım yapmalarına engel oldukları iddia edilmiştir. Gerekçede, benzer bir tablonun indirim konusunda da yaşandığı, sektördeki bazı ETAHS'lerin finansal güçlerini kullanarak pazaryerinde satılan ürünlerin maliyetinin altında satılmasına neden olduğu ve bu durumun piyasa yapısını bozduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede bahsedilen reklam ve bütçe sınırlamalarının, ETAHS'lerin aşırı reklam, maliyet altı satış ve çapraz sübvansiyon gibi uygulamalarla piyasadaki rakiplerini dışlayıcı faaliyetlerde bulunarak sektördeki konumlarını güçlendirmelerini ve bu suretle oluşan yıkıcı rekabeti önlemeyi amaçladığı ifade edilmiştir.

Büyük ölçekli ETAHS'lere getirilen reklam bütçesi sınırlamasının ölçülülüğünü ve etkinliğini değerlendirmeden önce gerekçede temel alınan bulguların tartışılması gereklidir. Gerekçede, Türkiye e-ticaret sektörü özelinde ETAHS'ler tarafından "aşırı reklam" politikası uygulandığı ve bunun rakiplerin reklam maliyetlerini yükseltip reklam verebilecekleri mecraları sınırlandırdığı iddiası, herhangi bir ampirik veriye veya bilimsel çalışmaya dayandırılmamıştır. E-Pazaryeri Raporu'nda, Trendyol'un Alibaba'nın sağlamış olduğu finansal gücün katkısıyla 2018 yılından itibaren reklam harcamalarını artırması, onun piyasa payını artıran faktörlerden biri olarak sayılmıştır⁵². Ancak E-Pazaryeri Raporu'nda Trendyol'un söz konusu reklam harcamalarının "yıkıcı" nitelikte olduğuna veya rakiplerin reklam mecralarını sınırladığına dair bir tespit bulunmamıştır. Reklam harcamalarının Trendyol'un büyümesindeki etkisine ilişkin E-Pazaryeri Raporu'ndaki söz konusu açıklama bir kenara bırakılırsa e-ticaret sektöründe (veya başka bir piyasada) yoğun reklam uygulamalarının rekabet endişesi yarattığının tespit edildiği kamuoyuna açıklanmış bir Rekabet Kurulu kararı veya sektör araştırması bulunmamaktadır⁵³.

Her halükârda yüksek reklam harcamalarının Türkiye e-ticaret sektöründe diğer sektörlere kıyasla daha yüksek bir giriş engeli oluşturarak piyasa aksaklığını desteklediğine yönelik kamuoyuyla

52 E-Pazaryeri Raporu, par. 320-321.

53 Rekabet Kurulu, Turkcell tarafından yapılan reklamların aşırı olduğu ve dışlayıcı etki doğurduğu yönünde bir şikâyet üzerine yaptığı incelemede, bir ihlal olmadığı sonucuna varmıştır, bkz. Rekabet Kurulunun 14.04.2005 tarihli ve 05-24/281-76 sayılı kararı.

paylaşılan detaylı bir çalışma bulunmamaktadır. E-pazaryeri Raporu'nda Amazon'un önemli bir finansal güce sahip olmasına rağmen Trendyol'dan farklı olarak yoğun bir reklam politikası izlemediği ifade edilmiştir⁵⁴. Kurul, *Google AdWords* kararında, e-ticaret alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin trafik çekme konusunda esas itibarıyla Google arama sonuçları sayfasındaki görünürlüğe bağımlı olduğunu ifade etmiştir⁵⁵. Ne var ki söz konusu kararda da herhangi bir ETAHS'nin yüksek reklam harcamalarıyla Google arama sonuçları sayfasındaki metin reklamcılığı alanlarını kapattığını gösteren bir bulguya yer verilmemiştir⁵⁶. Google arama sonuçları sayfası dışındaki reklam mecralarının genişliği ve çeşitliliği de dikkate alındığında⁵⁷, büyük ölçekli ETAHS'ler tarafından yapılan aşırı reklam harcamalarıyla e-ticaret sektöründe reklam verilebilecek kanalların sınırlandırıldığı iddiasının doğruluğu tartışmalıdır.

Gerekçede, indirim bütçesi sınırlaması bakımından ise ETAHS'ler tarafından maliyet altı satış yapıldığı iddiasına dayanılmıştır. Rekabet iktisadı açısından indirim sistemleri, esas olarak hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanmaları ve maliyet altı satış (yıkıcı fiyatlandırma) veya pazarı kapayıcı geriye dönük indirim niteliğinde olmaları halinde rekabeti bozucu bir davranış olarak görülmektedir⁵⁸. Dolayısıyla gerekçedeki endişenin, rekabet iktisadı ile uyumlu olduğu söylenebilir. Ancak ne gerekçede ne yasalaşma çalışmaları sırasında e-ticaret sektöründe maliyet altı satışların yaygın olduğunu gösteren bir ampirik veriye veya bilimsel çalışmaya atıf yapılmıştır. E-Pazaryeri Raporu'nda çok kategorili e-pazaryerlerinin büyük bir bölümü tarafından uygulanan kupon, hediye çeki, bedava kargo gibi indirim yöntemleri içeren sadakat programlarının bir geçiş maliyeti yaratabileceği belirtilmiştir⁵⁹. Burada tek başına indirim uygulamaları değil, indirimlerin bir sadakat programı çerçevesinde sunulması, geçiş maliyeti yaratan bir unsur olarak görülmüştür. Her halükârda E-Pazaryeri Raporu'nda, söz konusu sadakat programları, genel olarak rekabete aykırı bir davranış olarak değerlendirilmemiştir⁶⁰.

54 E-Pazaryeri Raporu, par. 320.

55 Rekabet Kurulunun 12.11.2020 tarihli ve 20-49/675-295 sayılı kararı, par. 271-278.

56 Rekabet Kurulu, 2019 tarihli kararında, Google Shopping Unit'te e-ticaret şirketlerinin reklamlarının gösterilmesine ilişkin ihale mekanizmasının, bu alanı tek bir teşebbüsün yüksek ücretler ile kapamasına yol açtığı yönündeki iddiaları incelemiştir. Kurul, Trendyol'un Ekim-Kasım 2018 tarihindeki Kara Cuma alışveriş döneminde agresif bir reklam stratejisi benimsediğini ve Google arama sonuçlarında yoğun bir şekilde görünürlük sağladığını, ancak bu durumun Trendyol'un ticari stratejisinin ve bütçe planlamasının bir sonucu olduğunu, geri kalan dönemlerde Google'ın reklam gelirleri içerisindeki payı bakımından diğer e-ticaret firmalarının gerisinde kaldığını tespit etmiştir, bkz. Rekabet Kurulunun 07.11.2019 tarihli ve 19-38/575-243 sayılı kararı.

57 Çevrim İçi Reklamcılık Sektör İncelemesi Ön Raporu'nda arama bazlı reklamcılık harcamalarının toplam çevrim içi reklam harcamalarındaki oranının 2017-2020 döneminde %37-39 aralığında yatay bir seyir izlerken 2021 itibarıyla %23'e düştüğü, buna karşılık aynı dönemde görüntülü reklamcılığın toplam çevrim içi reklamcılık harcamaları içerisindeki payının %60'tan yaklaşık %69'a yükseldiği ifade edilmiştir, bkz. par. 133.

58 İndirim sistemlerinin kötüye kullanım sayılması için gerekli şartlar hakkında bkz. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbüslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024, par. 74-78. *Unilever* kararında, Kurul, Unilever'in ticari açıdan makul görülemeyecek indirimler yoluyla satış noktalarında sadece kendi dolaplarının bulunmasını teşvik etmesini, hâkim durumun kötüye kullanımını saymıştır, bkz. Rekabet Kurulunun 18.03.2021 tarihli ve 21-15/190-80 sayılı kararı.

59 E-Pazaryeri Raporu, par. 471.

60 Raporda, çoklu erişimin ve geçişlerin pazarın yapısından kaynaklanan nedenlerle veya pazaryerlerinin çeşitli uygulamalarıyla zorlaşmasının mümkün olduğu, bununla birlikte söz konusu pazaryeri uygulamalarının gerek fiyatlar

Özetle ETAHS'ler tarafından normal rekabetçi bir sürecin dışında reklam veya indirim politikası uygulandığı mayönelik gerekçedeki bulguları destekleyici yeterli düzeyde ampirik veriye erişilememiştir. Kanun koyucunun bu sınırlamaları öngörmesindeki asıl amacının, lisans yükümlülüğünde olduğu gibi ETAHS'lerin rekabetçi davranışlar sergileyerek kendi iç dinamikleriyle büyümelerini engellemek olduğu, dolayısıyla ayrıca ampirik veriye dayanılmasının gerekli görülmediği iddia edilebilir. Piyasa mühendisliği içeren böyle bir yaklaşımın, ilkesel olarak sorunlu olduğu yukarıda ifade edilmiştir⁶¹. Bunun yanında bir teşebbüsün piyasa gücünün törpülenmesinde onun reklam ve indirim bütçesi sınırlamalarının kullanılması özelinde de bazı eleştiriler yapılabilir.

İlk olarak rekabet iktisadı çerçevesinde indirimler, piyasa gücüne sahip teşebbüsler tarafından gerçekleştirilse dahi kural olarak rekabeti artırıcı kabul edilir. İndirim, fiyat rekabetinin en önemli görünümüdür ve temel rekabet parametresidir. Fiyat, komisyon ve diğer ücretlerde yapılan indirimler, tüketici ve/veya ETHS'lere net fayda sağlar. Dolayısıyla indirim bütçesine getirilen kısıtlama, fiyatların artmasına ve alıcıların refahının azalmasına neden olur. Halbuki e-ticaret sektörünün rekabetçiliğinden beklenen en önemli faydaların başında, fiyatların azalması, özellikle de ETAHS'ler tarafından ETHS'lere uygulanan komisyon oranlarının düşmesi gelmektedir. Geçiş maliyetlerini azaltmak için ETAHS'lerin indirimler yoluyla piyasayı kapayıcı sadakat programları oluşturmalarının sınırlandırılması, *per se* uygulanan bir yükümlülük olması sebebiyle yine eleştirilebilir olsa da bir ölçüye kadar makul görülebilirdi. Ancak düzenlemenin mevcut hali, sadakat programının parçası olmayan ve dolayısıyla geçiş maliyeti yaratmayan indirimleri de kapsamaktadır. Bu nedenlerle ETAHS'lere getirilen indirim bütçesi sınırlamalarının, sağlıklı ve bilimsel bir iktisadi temele dayandırılması mümkün değildir.

Büyük ölçekli teşebbüslerce yapılan yoğun reklam harcamalarının, indirimlere göre rekabeti bozucu etki gösterme ihtimalinin daha yüksek olduğu söylenebilir. Ancak büyük ölçekli teşebbüslerce yapılacak reklamların net etkisinin olumsuz olacağı yönünde genel bir kabulde bulunmak da doğru değildir. Reklamlar, işlevlerine göre bilgilendirici, ikna edici ve öne çıkarıcı olabilir. Bilgilendirici reklamlar, alıcılara farklı teşebbüslerin ürünlerinin özelliklerini veya fiyatlarını karşılaştırıp avantajlı ürünü seçme imkânı sağladığı için genel olarak rekabeti artırıcı kabul edilir⁶². Tüketicilerin markaya bağlılığını artırmayı amaçlayan ikna edici reklamların, bilgilendirici reklamlara kıyasla rekabeti azaltıcı etki gösterme riskinin daha yüksek olduğu kabul edilse dahi bunların da rekabeti artırıcı etki gösterme ihtimali bulunmaktadır⁶³. Ampirik bilimsel çalışmalar, bu tür reklamların giriş engellerine ve rekabete net etkisi konusunda yeterli kanıt sunamamaktadır⁶⁴. Çevrim içi platformlarda (Google

ve ek hizmetler vasıtasıyla tüketici refahının doğrudan veya dolaylı suretle artırmaları gerekse yeni ve katma değerli hizmetlerin sunulması suretiyle inovasyonu artıran bir yönünün bulunması sebebiyle, her bir pazaryeri ve somut olay bakımından olay bazlı bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. par. 476.

61 Yukarıda "Lisans Alma Yükümlülüğü" başlığı altındaki açıklamalara bkz.

62 George J. Stigler, 'The Economics of Information' (1961) 69(3) *the Journal of Political Economy* 213, 223-224.

63 Anthony J. Dukes, 'Advertising and Competition', iç Collins W.D. (ed), *Issues in Competition Law and Policy* (American Bar Association 2009) 6-7; Ioannis N. Kessides, 'Advertising, Sunk Costs, and Barriers to Entry' (1986) 68(1) *the Review of Economics and Statistics* 84-95.

64 Dukes (n 63) 13-17; Johan Arndt ve Julian L. Simon, 'Advertising and Economies of Scale: Critical Comments on the Evidence' (1983) 32(2) *the Journal of Industrial Economics* 229, 239. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulunun 14.04.2005 tarihli ve

arama sonuçları sayfaları gibi) ürünlerin görünürlüğünü artırmayı sağlayan öne çıkarıcı reklamlar ise bilgilendirici reklamlara benzeseler de bir teşebbüsün ürünlerinin görünürlüğünü artırırken rakiplerin görünürlüğünü azalttıkları için rekabete daha doğrudan etkide bulunabilirler.

Reklam harcaması sınırı, teoride büyük ölçekli ETAHS'lerin, özellikle öne çıkarıcı reklamlarla rakiplerinin görünürlüğünü azaltma gücünü kısıtlayabilir ve ayrıca ikna edici reklamlarla rakiplerin reklama bağımlılığını artırarak giriş engellerinin yükseltilmesi riskini azaltabilir. Buna karşılık bilgilendirici reklamların sınırlanması, tüketicilerin fiyatları ve ürünleri karşılaştırma imkânını azaltarak tüketici zararına yol açabilir.

Diğer yandan ETAHS'lere getirilen reklam sınırlaması, bu pazaryerini kullanan ETHS'lerin reklam maliyetlerini artırabilir. Örnek vermek gerekirse bir ETAHS'nin, hedef kitlenin kendi pazaryerinde satılan bilgisayarları görebilmesi için AdWords reklamı vermesi halinde, söz konusu pazaryerinde bilgisayar satan ETHS'lerin satışları artacaktır. ETAHS'nin AdWords reklamlarını kesmesi durumunda, bilgisayar satıcısı ETHS'lerin kendileri AdWords reklamı vermek zorunda kalabilecektir. Bunun sonucu olarak da AdWords reklamlarının maliyetini karşılamakta güçlük çeken küçük bütçeli sağlayıcılar, büyük sağlayıcılara karşı rekabette dezavantajlı duruma gelebilecektir⁶⁵.

Her halükârda reklam ve indirim bütçelerine getirilen sınırlama biçiminin, amaca uygunluğu ve ölçülülüğü tartışmalıdır. Kanun koyucu hem indirimler hem de reklamlar için getirdiği bütçe sınırını net işlem hacmine göre belirlemiştir. Reklam türleri açısından bir ayırım yapılmadığı için teşebbüsler, özellikle bilgilendirici reklamlardan kısıp izin verilen bütçenin tamamını arama bazlı reklamcılığa ayırarak rakiplerin Google arama sonuçları sayfasından trafik almasını engelleyebilirler. Aynı şekilde indirim bütçesi sınırları içerisinde kalınarak bazı ürünlerin maliyet altı satışının gerçekleştirilmesi veya pazarı kapayıcı sadakat programları uygulanması halen mümkündür. Bunların yanı sıra izin verilen reklam ve indirim bütçesinin, net işlem hacimleriyle orantılı olarak ekonomik bütünlük içerisindeki tüm teşebbüsler arasında paylaşılacak olması, söz konusu sınırlamaları daha da sorunlu hale getirmektedir. Ekonomik bütünlük içerisinde yer alan ancak piyasa payı çok düşük olan bir ETAHS, yoğun reklam veya indirimler yoluyla piyasa gücüne sahip diğer teşebbüslere rekabet baskısı yaratabilir. Reklam ve indirim bütçesi sınırlamaları, bu şekilde piyasaların rekabetçiliğini de azaltabilir.

Sonuç olarak ETHAS'lere getirilen reklam ve bütçe sınırlamalarının nihai etkisinin, e-ticaret piyasalarının rekabetçiliğinin ve sosyal refahın azalması yönünde olma ihtimali oldukça yüksektir. *Ex-ante* olarak bu tür sınırlamalar getirmek yerine, reklam ve indirimler yoluyla piyasadaki rekabeti

05-24/281-76 sayılı kararı, par. 230.

65 Nitekim Rekabet Kurulu, *Google AdWords* kararında, Google genel arama sonuçları sayfasının önemli bir bölümünün metin reklamlarına ayrılmasının, organik arama sonuçlarının görünürlüğünü azalttığını, bunun da teşebbüsleri metin reklamcılığına yönelterek reklam maliyetlerini artırdığını ve bu maliyetin küçük bütçeli teşebbüsler açısından giriş engeli yarattığını belirtmiştir. Bu tespit doğru olsa da bundan dolayı Google'in hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varılmasının eleştirisi hakkında bkz. Kadir Baş, 'The Turkish Competition Authority's Decision in AdWords: A Questionable Slap in Google's Face' (2022) 13(5) *Journal of European Competition Law & Practice* 360-364.

bozan davranışların mümkün olması halinde bunlara müdahalenin, Rekabet Kurulu tarafından yapılacak *ex-post* denetime bırakılmasının daha sağlıklı olacağı kanısındayız.

D. FAALİYET SINIRLAMALARI

E-Ticaret Kanunu ek madde 2/4'te çok büyük ölçekli ETAHS'lere belirli faaliyetlerde bulunma yasağı getirilmiştir. Bu kapsamda çok büyük ölçekli ETAHS'lerin, (i) ekonomik bütünlüğü içerisinde bulunan finansal kuruluşların sundukları hizmetleri sağlaması, (ii) aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan elektronik para kuruluşları tarafından ihraç edilen elektronik paraların kabul etmesi ve belirli ödeme hizmetlerini sunması ve (iii) kendi pazaryeri dışında kargo hizmetleri sunması yasaklanmıştır. Bu sektör bazlı faaliyet sınırlamaları dışında söz konusu ETAHS'lere, kendilerinin veya aynı ekonomik bütünlük içerisindeki diğer kişilerin mal veya hizmet ilanlarının yayımlanmasına elektronik ortam sağlaması hâlinde, bu ortamı kendi pazaryerlerinden ayırma yükümlülüğü getirilmiş ve bu iki ortamın birbirine erişim sağlaması veya birbirinin tanıtımını yapması yasaklanmıştır⁶⁶.

Ek madde 2/4'ün gerekçesinde, ETAHS'lerin yoğunlaşmadan kaynaklanan gücünü finansal hizmetlere taşımak suretiyle bu sektörde rekabeti bozucu etki yaratmalarının önüne geçilmesinin ve alıcıların bu hizmetlere bağlı olarak e-pazaryerlerine olan bağımlılığının azaltılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Gerekçede kargo hizmetlerine ilişkin sınırlamanın amacının ise ETAHS'lerin e-ticaretin tamamlayıcısı olan söz konusu piyasalara girerek onların rekabetçiliğini azaltmasını engellemek olduğu belirtilmiştir.

ETAHS'lerin piyasa gücünü başka piyasalara da aktararak genişlemesi ve büyümesi, rekabet politikası açısından anlaşılabilir bir endişe kaynağıdır. Ancak E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen sektörel faaliyet sınırlamaları, bu endişe ile ilgili ölçsüz ve atıpkı bir politika tercihidir. Çok büyük ölçekli ETAHS'lerin piyasa gücüne sahip olduğu varsayımında ortaya çıkabilecek söz konusu endişelerin; bağlama yasağı, veri kullanım sınırlamaları ve birlikte işlerliği sağlayan kurallar gibi rekabet hukuku politikasıyla daha uyumlu ve daha esnek yükümlülükler ile giderilmesi mümkündür. Ayrıca ETAHS'ler tarafından sağlanan bu hizmetlerin; finansal teknolojileri geliştirme, finansal piyasalarda (ve kargo hizmetlerinde) rekabeti artırma ve dolayısıyla tüketicilere yarar sağlama potansiyelleri de bulunmaktadır. Kanun koyucu, ETAHS'lerin söz konusu piyasalara girişinin yaratabileceği bu yararları göz ardı etmiş gözükmektedir.

Sektörel faaliyet yasaklarının yaratabileceği bir diğer sorun ise büyük ölçekli ETAHS'lerin, eşikleri aşarak çok büyük ölçekli hale gelmeleri halinde ortaya çıkacaktır. Bu şekilde eşik atlayan bir ETAHS, yasaklanan alanlardaki faaliyetlerine son vermek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla kanun koyucu, sadece çok büyük ölçekli ETAHS'lere bir faaliyet sınırlaması getirmemiş, büyük ETAHS'ler açısından da bu piyasalara giriş konusunda ciddi bir risk ve dolayısıyla giriş engeli yaratmıştır.

66 Kargo hizmeti sunumuna ilişkin sınırlama dışında söz konusu yükümlülükler, çok büyük ölçekli ETHS'lere de kıyasen uygulanmaktadır (ek madde 3/4).

Kargo hizmetleri açısından öngörülen faaliyet yasağı özelinde ayrı bir eleştiri getirilmesi de mümkündür. Kanun koyucu, ETAHS'lerin kendi pazaryerinde gerçekleşen işlemler için kargo hizmeti sağlamasını değil, pazaryeri dışında üçüncü kişilere söz konusu hizmetleri sunmasını yasaklamıştır. Halbuki ETAHS'lerin kargo hizmetini kendi pazaryerleri özelinde sunması halinde, bağlama, ayrımcılık, büyük veri avantajı ve birlikte işlerlikten kaynaklanan rekabet endişeleri ortaya çıkabilir. Bu tür rekabetçi endişeleri gidermek için diğer rejimlerdeki regülasyon çalışmalarında da özel hükümler öngörülmüştür⁶⁷. E-Ticaret Kanunu m. 2/3(c)'de tamamlayıcı hizmetler için getirilen münhasır tedarik yükümlülüğü yasağı da söz konusu endişelerin giderilmesine hizmet etmektedir. Buna karşılık ETAHS'ler pazaryeri dışında kargo hizmetlerinin sunulması konusunda söz konusu rekabetçi endişeleri yaratacak bir avantaja sahip olmadığı için bu konudaki yasağın gerekçesini rekabet politikası açısından bir temele oturtmak güçtür. ETAHS'nin kontrolündeki bir kargo şirketinin, finansal güce ve rekabetçi avantajlara sahip olacağı düşünülebilir. Ancak benzer finansal gücün veya avantajların diğer kargo şirketlerinde de olmaması için bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle diğer kargo şirketlerinin rekabet edebilirliğinin sektöre uğraması riskinin bulunduğu yönelik gerekçedeki açıklamalar, ampirik bir veriye veya bilimsel bir temele dayanmamaları sebebiyle ikna edici olmaktan uzaktır. ETAHS'nin kargo piyasasına girişi, piyasanın rekabetçiliğini azaltmak bir yana halihazırda yoğunlaşmış olan bu piyasada rekabeti artırarak ve hizmetin kalitesini geliştirerek sosyal refaha olumlu etkide bulunabilir⁶⁸.

Bu sayılan gerekçeler ışığında, E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen sektörel faaliyet yasaklarının rekabet iktisadı açısından sorunlu olduğu kanısındayız. ETAHS'lere getirilen ilan platformları ile kesin ayrışmayı sağlama yükümlülüğü açısından da benzer bir kanaate sahibiz. Madde gerekçesinde bu yasağın amacı açıklanmamıştır. Bu yasağın amacı çok büyük ölçekli ETAHS'lerin, sahip oldukları geniş müşteri tabanı, ağ dışsallığı, ölçek ekonomisi ve büyük veri avantajlarını doğrudan ilan piyasalarındaki faaliyetlerine aktararak bu piyasaların rekabetçiliğini bozmasının önlenmesi amaçlanmış olabilir. Ne var ki bu sınırlama da ETAHS'lerin halihazırda tekelleşmenin söz konusu olduğu ilan piyasalarına girerek piyasa gücüne sahip teşebbüslere rekabet baskısı yaratmasına engel olabilir. Dolayısıyla bu yasağın da istisnası olmaksızın *per se* ve mutlak şekilde uygulanması, ilan piyasalarının rekabetçiliğinin azalmasına neden olabilir.

VI. SONUÇ

Dijital ekonominin özellikleri, dijital sektörlerde geçit bekçisi olarak tabir edilen önemli ekonomik güce sahip bazı teşebbüslerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu teşebbüslerin rekabete aykırı veya haksız uygulamalarının bir piyasa aksaklığı yarattığı ve bu aksaklığın giderilmesi için mevcut rekabet hukuku araçlarının ötesinde bir *ex-ante* düzenlemenin gerekli olduğu görüşü, global düzeyde yaygınlık kazanmıştır. Bu görüşten hareketle DMA, diğer rejimlerdeki benzeri

67 Bkz. OECD (n 1) 35-46.

68 E-Pazaryeri Raporu'nda Hepsiburada (hepsiJET) ve Trendyol'un (Trendyol Express) kendi kargo hizmetlerinin, diğer ulusal nitelikli kargo firmalarına (MNG, PTT, UPS, Yurtiçi, Sürat) nazaran görece düşük ölçekte olduğu ifade edilmiştir, par. 555.

düzenlemeler veya düzenleme taslakları gibi, geçit bekçilerinin piyasaların rekabetçiliğini bozduğu düşünülen belirli davranışlarını yasaklamıştır. Buna karşılık aynı aksaklığı e-ticaret sektörü özelinde gidermeyi hedefleyen E-Ticaret Kanunu, birçok yönüyle halihazırda eleştirilmekte olan söz konusu düzenlemelerin de ötesine geçmiştir. E-Ticaret Kanunu'nda, dijital ekonominin özelliklerinin yarattığı regülasyon kısıtları tümüyle göz ardı edilerek dijital platformların ekonomik gücünü ve büyümesini frenlemeyi amaçlayan bir piyasa mühendisliğine girilmiştir. Dayandığı ampirik veri ve bilimsel çalışmalar yeterince ortaya konulmadan gerçekleştirilen bu piyasa mühendisliği, regülasyon teorisi yönünden ilkesel olarak sorunludur. Rekabet iktisadi açısından bir değerlendirme yapıldığında da söz konusu piyasa mühendisliği çerçevesinde getirilen düzenlemelerin, e-ticaret sektöründeki rekabetin işleyişini sosyal refahı azaltıcı şekilde bozma riskinin oldukça yüksek olduğu söylenebilir.

E-Ticaret Kanunu'nun rekabet iktisadi açısından en sorunlu yönlerinden birisi, teşebbüslerin rekabetçiliği üzerinde ciddi etkileri olacak bazı yükümlülüklerin, önemli piyasa gücüne sahip ETAHS'ler yanında, bu ETAHS'lerin piyasa gücünü tehdit edebilecek olan daha küçük teşebbüslere de uygulanmasıdır. ETAHS'lerin ölçeklendirilmesinde, piyasa gücü açısından sağlıklı bir gösterge olmayan net işlem hacmine dayalı niceliksel eşiklerin kullanılması ve bu eşiklerin aşılması halinde ciddi rekabet kısıtı oluşturan yükümlülüklerin *per se* ve mutlak şekilde uygulanması, söz konusu yükümlülüklerin yaratacağı rekabetçi sorunları büyütebilecek niteliktedir. ETAHS'lerin güçlü konumunu törpülemeyi amaçlayan yükümlülüklerin, söz konusu konumdan en çok olumsuz etkilenen grup olan ETHS'lere getirilmesi ise regülasyonun amacıyla çelişmekte olup, rekabet iktisadi açısından izah edilemez niteliktedir.

E-Ticaret Kanunu'nun getirdiği ve dijital piyasalara ilişkin diğer rejimlerdeki regülasyon çalışmalarıyla kıyaslandığında eşi benzeri olmayan düzenlemelerin başında, doğrudan ETAHS'lerin belirli bir büyüklüğe erişmesini engellemeyi amaçlayan lisans yükümlülüğü gelmektedir. Bu yükümlülüğün, ETAHS'lerin etkinlik yaratıcı nitelikte rekabetçi davranışlar sergileme güdüsünü zayıflatarak fiyatların artmasına ve inovasyonun azalmasına yol açacağı öngörüsünde bulunulabilir. Teşebbüsler açısından ciddi belirsizlikler yaratan ve uyum maliyeti yüksek olan söz konusu yükümlülüğün, Anayasanın 48'inci maddesinde korunan teşebbüs hürriyetine ölçsüz bir müdahale niteliğinde olduğu da söylenebilir.

ETAHS'lere getirilen kendi markalı ürünleri kendi e-pazaryerinde satma yasağı ise hem gidermeyi amaçladığı endişelere kıyasla ölçsüz olması hem de tüm ETAHS'lere uygulanması sebebiyle oldukça sorunludur. ETAHS'lerin ETHS'lerin verilerini onlarla rekabette kullanması ve kendi ürünlerini kayırması yasaklanarak ETAHS'lerin dikey bütünleşik olmasının yaratacağı sorunlar giderilebilirdi. Bu konuda mutlak bir yasağın tüm ETAHS'ler için getirilmesi, dikey entegrasyonun yaratması muhtemel etkinlikleri ortadan kaldırmasının ötesinde, küçük teşebbüslerin büyük ETAHS'lerin piyasa gücünü baskılamasını zorlaştıracaktır.

ETAHS'lerin iç dinamikleriyle büyümesini engelleyen reklam ve indirim bütçesi sınırlamalarının nihai etkisinin de e-ticaret piyasalarının rekabetçiliğinin ve sosyal refahın azalması yönünde olma ihtimali oldukça yüksektir. Benzer bir etki, ETAHS'lere getirilen faaliyet sınırlamaları için de söz konusu olabilir.

Sonuç itibarıyla E-Ticaret Kanunu'nda, atipik nitelikteki yükümlülüklerle ETAHS'lerin organik büyümesi sınırlandırılıp, yükümlülüklerle tabi teşebbüslerin kapsamı geniş tutularak nispeten küçük teşebbüslerin büyük ETAHS'lere rekabet baskısı uygulama gücünün törpülenmesi, sosyal refahı azaltan çarpık bir piyasa düzeni yaratma potansiyeline sahiptir. Bu sebeple dijital piyasalara yanlış müdahalenin yaratacağı sorunların ciddiyeti dikkate alınarak E-Ticaret Kanunu'ndaki piyasa mühendisliğine yönelik yaklaşımın terkedilip, e-ticaret sektörüne ilişkin veri ve bilimsel çalışmalar ve de mevcut tecrübeler çerçevesinde bu sektörün ekonomik regülasyonu konusundaki ihtiyacın ve de uygun müdahale yönteminin yeniden değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

KAYNAKÇA

- Ardıyok Ş, *Regülasyon Hukuku* (On İki Levha 2019).
- Arndt J ve Simon JL, 'Advertising and Economies of Scale: Critical Comments on the Evidence' (1983) 32(2) *the Journal of Industrial Economics* 229-242.
- Baş K, 'The Turkish Competition Authority's Decision in AdWords: A Questionable Slap in Google's Face' (2022) 13(5) *Journal of European Competition Law & Practice* 360-364.
- Cappai C ve Colangelo G, 'Taming Digital Gatekeepers: The More Regulatory Approach to Antitrust Law' (Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, 2020) <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Carugati C, 'Regulation in the Digital Economy. Is Ex-ante Regulation of "Gatekeepers" an Efficient and Fair Solution?' (2020) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705928> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Competition and Market Authorities, 'Regulation and Competition A Review of the Evidence' (2020). <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e184a9940f0b65dbfbc1c4b/Regulation_and_Competition_report_-_web_version.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- den Butter FAG, de Graaf M ve Nijssen A, 'The Transaction Costs Perspective on Costs And Benefits of Government Regulation' (Tinbergen Institute Discussion Paper, No. 09-013/3, 2009) <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/86785/1/09-013.pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- den Hertog J, 'Review of Economic Theories of Regulation' (Tjalling C. Koopmans Research Institute Working Papers 10-18, 2010) <https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Dukes AJ, 'Advertising and Competition', iç Collins W.D. (ed), *Issues in Competition Law and Policy* (American Bar Association 2009).
- Joskow PL ve Noll RG, 'Regulation in Theory and Practice: An Overview' iç Gary Fromm (ed), *Studies in Public Regulation* (The MIT Press 1981) 1-66.
- Kessides IN, 'Advertising, Sunk Costs, and Barriers to Entry' (1986) 68(1) *the Review of Economics and Statistics* 84-95.
- Loertscher S ve Reisinger M, 'Market Structure and the Competitive Effects of Vertical Integration' (2014) 45(3) *RAND Journal of Economics* 471-494.
- Manne GA ve Stout K, 'The Evolution of Antitrust Doctrine After Ohio v. Amex and the Apple v. Pepper Decision That Should Have Been' (2019) 98(2) *Nebraska Law Review* 424-459.

- OECD, 'Ex ante Regulation of Digital Markets' (OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021) <<https://web-archive.oecd.org/2021-12-01/616997-ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Peltzman S, 'The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation' (1989) 1989 *Microeconomics* 1-41.
- Peltzman S, 'Toward a More General Theory of Regulation' (1976) 19(2) *the Journal of Law & Economics* 211-240.
- Riordan MH, 'Competitive Effects of Vertical Integration' (Columbia University Department of Economics Discussion Paper, 2005) <<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8R21CMJ>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Sanlı KC ve Doğan C, *Rekabet Politikası Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi: E-Ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı* (On İki Levha 2023).
- Stigler GJ, 'The Economics of Information' (1961) 69(3) *the Journal of Political Economy* 213-225.
- Stigler GJ, 'The Theory of Economic Regulation' (1971) 2(1) *the Bell Journal of Economics and Management Science* 3-21.
- Thomson E, 'What Can the DMU Learn from the DMA?' (2022) 9(2) *North East Law Review* 42-54.

Güncel Gelişmeler Işığında İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Yaş Koşulu*

The Age Requirement for the Adoption of Minors in Swiss, German and Turkish Laws in the Light of Current Developments

Canan YILMAZ** , Dilara ZORLUTUNA*** 

ÖZ

Evlat edinme, evlat edinilen küçüğe evlilik içinde doğan çocuk statüsünü kazandıran bir kurumdur. Evlat edinme ilişkisinin kurulabilmesi için, bir takım koşulların varlığı gerekmektedir. Bu kapsamda evlat edinme ilişkisinin koşulları; küçüklerin evlat edinilmesi ve erginlerin veya kısıtlıların evlat edinilmesi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenebilir. Bununla birlikte evlat edinmenin koşulları da, kendi içinde üç alt ayrıma ayrılmaktadır. Bu ayrımlar; evlat edinilen açısından esasa ilişkin koşullar, evlat edinen açısından esasa ilişkin koşullar ile evlat edinmenin şekle ilişkin koşullar ve evlat edinmenin usulüdür.

Evlat edinilen açısından aranan başlıca esasa ilişkin koşullar; ehliyet, rıza, küçüğün yararı, bakım ve eğitim koşulu ile başkası tarafından evlat edinilmemiş olmasıdır. Evlat edinen açısından başlıca esasa ilişkin koşullar ise; ehliyet, yaş, evlat edinilecek kişi ile evlat edinen kişi arasındaki yaş farkı, evlilik ve evlat edinenin diğer çocuklarının menfaatinin gözetilmesidir. Anılan koşulların sağlanması ile birlikte evlat edinme ilişkisi, hakim in olumlu kararı ile kurulur.

Evlat edinmenin esasa ilişkin koşullarından olan yaş koşulu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 306. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Anılan maddeye göre, evlat edinebilmek için asgari olarak en az otuz yaşını doldurmuş olmak gerekmektedir. Bununla birlikte evlat edinenin belli bir yaşta olması koşulu ise her durumda aranmamakta olup, beş yıllık bir evliliğin olması koşulu da yaş koşulunun alternatifini oluşturmaktadır. İsviçre Hukukunda ise bu koşul yirmi sekiz yaştır. Ancak 01.01.2018 tarihinde gerçekleşen revizyon ile ZGB Art. 264a/II hükmü yirmi sekiz olarak belirlenen yaş koşuluna bir istisna getirmiştir. Bu istisna; çocuğun menfaatinin korunması için zorunluluk teşkil ettiği takdirde asgari yaş koşulundan ayrılmanın mümkün olduğuna ilişkindir. Alman Hukukunda ise BGB §1743 uyarınca, evlat edinebilmek için eşlerin yirmi beş yaşına erişmiş olması veya BGB §1741/II hükmünde üçüncü cümlede öngörülen durumlarda, eşlerden birinin yirmi beş, diğer eşin de yirmi bir yaşına ulaşmış olması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: TEvlat Edinme, Evlat Edinen, Evlat Edinilen, Yaş Koşulu, Çocuğun Yararı.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin (5.10.2017 tarihli ve 30201 Sayılı Resmî Gazete) 27. maddesinin 2. fıkrasınca öngörülen doktora tezinin savunabilmesi için tezden makale üretilmesi lüzumu uyarınca "İsviçre Medeni Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi" isimli tezden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, canan.yilmaz@marmara.edu.tr.

*** Öğr. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Dilara ZORLUTUNA

E-posta/E-mail: dilara.zorlutuna@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 07.11.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2023

ABSTRACT

Adoption is an institution that gives the adopted minor the status of a child born in marriage. In order for an adoption relationship to be established, certain conditions must exist. In this context, the conditions of the adoption relationship can be examined in a binary division as the adoption of minors and the adoption of adults or restricted persons. However, the conditions of adoption are also divided into three sub-divisions. These are the substantive conditions for the adoptee, the substantive conditions for the adopter, the formal conditions of adoption and the procedural conditions of adoption.

The main substantive conditions for the adoptee are capacity, consent, the benefit of the minor, the condition of care and education, and not being adopted by another person. For the adopter, the main substantive conditions are: capacity, age, age difference between the adoptee and the adopter, marriage and the interest of the other children of the adopter. Upon the fulfillment of the aforementioned conditions, the adoption relationship is established with the positive decision of the judge.

The age condition, which is one of the essential conditions for adoption, is stipulated in Article 306 of the Turkish Civil Code No. 4721. According to the aforementioned article, in order to be able to adopt a child, a person must be at least thirty years of age. However, the condition that the adopter must be of a certain age is not required in all cases, and the condition of being married for five years constitutes an alternative to the age condition. In Swiss Law, this condition is twenty-eight years of age. However, with the revision realized on 01.01.2018, ZGB Art. 264a/II introduced an exception to the age requirement of twenty-eight years. This exception states that it is possible to depart from the minimum age requirement if it is necessary to protect the interests of the child. In German law, pursuant to §1743 BGB, in order to adopt a child, the spouses must have reached the age of twenty-five, or in the cases stipulated in the third sentence of §1741/II BGB, one spouse must have reached the age of twenty-five and the other spouse must have reached the age of twenty-one.

Keywords: Adoption, Adopter, Adopted, Age Requirement, Best Interest of the Child.

I. GİRİŞ

Evlat edinme, evlat edinilen küçüğe evlilik içinde doğan çocuk statüsünü kazandırmayı amaçlayan ve hakimiyet tasarrufu ile kurulan bir kurumdur. Evlat edinme kurumunda; tarafların talebi, rızaları ve birlikte tasarruflarının olması gerekmektedir. Bunun sonucunda evlat edinen ile evlat edinilen taraf arasında yasal bir soybağı meydana gelecektir¹. Evlat edinme ilişkisinin meydana gelmesi ve anılan soybağının oluşması için, birtakım koşulların mevcudiyeti şarttır.

Evlat edinmenin koşullarını kendi içinde üçe ayırmak gerekmektedir. Bu alt ayrımlar; evlat edinilen açısından esasa ilişkin koşullar, evlat edinen açısından esasa ilişkin koşullar ile evlat edinmenin şekle ilişkin koşulları ve evlat edinmenin usulüdür. Evlat edinilen açısından aranan başlıca esasa ilişkin koşullar; ehliyet, rıza, küçüğün yararı, bakım ve eğitim koşulu ile başkası tarafından evlat edinilmemiş olma olarak sıralanabilir. Evlat edinen açısından aranan evlat edinmeye ilişkin başlıca esasa ilişkin koşullar ise; ehliyet, yaş, evlat edinilecek kişi ile evlat edinen kişi arasındaki yaş farkı, evlat edinenin diğer çocuklarının menfaatinin gözetilmesi ve evlilik koşuludur². Çalışmamız kapsamında

1 August Egger, *Aile Hukuku Medeni Kanun Şerhi, Tahir Çağa (çev.)* (Adalet Bakanlığı Yayınları 1949) 42; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2015) 951; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayın No 3388, Hukuk Fakültesi Yayın No 696 1986) 230; Şakir Berki, *Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1962) 3.

2 Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2009) 107 vd; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2024) 337-352.

bu koşullardan sadece yaş koşulu incelenecek olup, konunun ilgili kısımlarında diğer koşullara da temas edilecektir.

Evlat edime kurumunda yaş koşulunun öngörülmesinin birden çok sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerden birincisi, evlilik birliğinin korunmasının amaçlanmasıdır. Eğer evlat edinmek için mevcut yaş koşulu daha düşük bir yaş koşulu olsaydı, bu takdirde evliliği sadece çocuk sahibi olmak için araç olarak kullanan bireyler evlilik kurumunu tercih etmeyerek, tek başına evlat edinme yoluna yöneleceklerdi. Bu tercih de çocuğun yararına aykırı bir durum meydana getirebilecekti. Söz konusu sebeplerden ikincisi, yaş koşulunun ahlaki sebeplerle bağlantısının olmasıdır. Çünkü belirli bir yaş olgunluğuna ulaşmış bir birey, statüsü ve yaşının verdiği olgunluk nedeniyle ahlak dışı bir davranıştan daha çok kaçınacaktır. Ancak bu sebebi genellemek oldukça güçtür. Başka bir deyişle bir kişinin bu ahlaka sahip olması; kişinin ailesine, yaşadığı çevreye, kendi karakterine ve başkaca birtakım etmenlere göre şekillenecektir. Bu nedenle her somut olay içinde ayrı bir değerlendirilme yapılması şarttır. Üçüncü sebep, kişinin akli ve fikri olgunluk derecesine ulaşma düşüncesidir. Evlat edinecek kişinin olgunluğu ve tecrübeleri, evlat edinilenin gelişmesi ve yetişmesi açısından çok önemli bir yol gösterici olacaktır. Bu durum da evlat edinilenin hem ailesi için hem de toplum için yararlı bir birey olması açısından oldukça önemli bir adımdır. Dördüncü ve son sebep olarak da, çocuk sahibi olamayan kimselerin yaşları ve tıp imkanlarının denenerek bir sonuca ulaşılması doğrultusunda çocuk sahibi olma durumlarının daha belirgin hale gelmesidir. Eşler ancak belirli bir yaştan ve bazı imkanları denedikten sonra, çocuklarının olup olmayacakları konusunda genel bir fikir sahibi olurlar. Gelişen tıp imkanları doğrultusunda dahi, biyolojik olarak çocuk sahibi olamayan çiftler mevcuttur. Bu durum da daha ileriki yaşlarda anlaşılmaktadır. Bu nedenle evlat edinebilmek için yaş konusunda bir sınır belirlenmesi ve bu sınırın muhafaza edilmesi, bireylerin çocuk sahibi olup olamayacaklarının anlaşılması bakımından da belirleyici rol oynamaktadır³.

04.10.1926 Tarih ve 743 sayılı Medeni Kanun'da evlat edinme için asgari bir yaş sınırı belirlenmişti. Söz konusu yaş sınırı, kırk yaştı⁴. 1983'te yapılan değişiklik sonucunda 2846 sayılı Kanun ile söz konusu yaş sınırı otuz beş olarak revize edilmiştir⁵. Ancak otuz beş yaş, çocuk yetiştirme duygusunun azaldığı bir yaş olarak ifade edildiği için bu yaş sınırı da evlat edinme için yüksek bir yaş sınırı olduğundan sonrasında bu sınır otuz yaşa düşürülmüştür⁶.

Anılan kırk yaş ve otuz beş yaş koşullarında yaşın bitirilmesi hususuna Kanunda açıkça yer verilmediği için, yaşın doldurulup doldurulmaması hususu da tartışmalıydı. Doktrinde bu konuya ilişkin olarak bazı yazarlar⁷ ilgili koşulu yaşın doldurulması diğer bir deyişle yaşın bitirilmiş olması şeklinde yorumlarken; bazı yazarlar⁸ ise ilgili yaşa girmiş olma yani yaşını doldurmaya gerek olmaması

3 Aydoğdu (n 2) 294, 295.

4 Fikret Arık, 'Türk Hukukunda Evlat Edinme' (1949) 1(4) SBF 1, 3; Ülker Gürkan, *Evlat Edinme ve Beslemelerin Hukuki Durumu - Türk Hukuku ve Toplum Üzerinde İncelemelerden* (Ayrı Bası, Türk Kalkınma Vakfı 1974) 184.

5 Ali Er, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Küçüklerin Evlat Edinilmesi* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 35.

6 Gözde Çağlayan Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 66, 67.

7 Berki (n 1) 184; Gürkan (n 4) 175.

8 Arık (n 4) 98.

şeklinde yorumlamaktaydılar. 1984 ve 1999 tarihli Medeni Kanun Öntasarılarında da ilk görüş kabul edilmiş olup, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK)⁹ ise otuz yaşın doldurulmuş olması gerekliliğini açıkça belirterek doktrinde yer alan bu tartışmalara son vermiştir¹⁰.

Evlat edinebilmek için belirli bir yaş koşulu aranmaktadır. Bu husus TMK'nın 306. maddesinde¹¹ belirtilmiştir. Anılan maddeye göre evlat edinebilmek için asgari olarak en az otuz yaşını doldurmuş olmak gerekmektedir. Bununla birlikte evlat edinenin belli bir yaşta olması koşulu her durumda aranmaz. Evliliği belli bir süre devam etmiş olması da, yaş koşulunun alternatifine örnek olarak gösterilebilir.

Yaş koşulunun alt sınırı TMK m. 306'da belirlenmişken, kanun koyucu bu hususta herhangi bir üst sınır öngörmemiştir. Bu nedenle otuz yaşını doldurmuş bir kimsenin herhangi bir yaşta evlat edinmesi yönünde kural olarak bir engel bulunmamaktadır. Başka bir deyişle hukukumuzda evlat edinmeye ilişkin olarak "Serbesti Sistemi" benimsenmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki İsviçre ve Alman Hukuklarında da, Türk Hukukunda olduğu gibi yaşa ilişkin bir üst sınır bulunmamaktadır¹².

Türk Hukukunda TMK m. 316¹³ kapsamında hakim in araştırma ödevinin olduğu da unutulmamalıdır. Evlat edinmek isteyen ancak yaşça çok ileri olan bir bireyin evlat edinme talebine hakim, yaş koşulunu sağlamasına rağmen olumsuz yanıt verebilir. Bu durumun temel nedeni yaşça çok ileri bir bireyin, evlat edinilenin bakımı ve ihtiyaçlarını karşılayabilmesi bakımından uygun olmayabileceği veya yetersiz kalabileceği düşüncesidir¹⁴. Elbette ki bu durum somut olay çerçevesinde hakim tarafından takdir edilmeli ve bu takdir yetkisi kökenini uluslararası hukuk ile anayasal hukukta temel bir ilke olarak bulan¹⁵, birincil ve en önemli ilke olan çocuğun yararı ilkesi¹⁶ kapsamında kullanılmalıdır. Bununla birlikte bu noktada evlat edinmeye ilişkin yaş koşulunu sadece küçüklerin evlat edinilmesine özgü bir koşul olarak da düşünmemek gerekir. Dolayısıyla yaşın çok ileri olması, başlı başına evlat edinme engeli kabul edilmemelidir. Örneğin altmış beş yaşındaki bir çift, pek tabi kırk yaşında birini diğer evlat edinme koşullarına haiz olmaları şartıyla evlat edinebilir. Ancak küçüğün evlat edinilmesi

9 RG, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011208.htm>>, Erişim Tarihi 14 Ağustos 2023.

10 Aydoğdu (n 2) 297.

11 TMK m. 306: "Eşler, ancak birlikte evlat edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlat edinemezler. Eşlerin en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir. Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinebilir".

12 Canan Yılmaz, 'Evlat Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler' Ash Makaracı, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek (edr), *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021) 131,149-151.

13 TMK m. 316: "Evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada özellikle evlat edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Evlat edinenin altoyu varsa, onların evlat edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir".

14 Er (n 5) 46; Oğuz Sadık Aydos, 'Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme' (2000) IV(1-2) Gazi ÜHFD 117, 120.

15 Canan Yılmaz, *Velayet Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 52.

16 Canan Yılmaz, 'Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması' 35(1) MHB 103, 111; Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Doğrultusunda Boşanmada Birlikte Velayet* (1. Bası, Yetkin Yayınları 2019) 244.

yönünden ele alındığında, evlat edinenin yaşının çok ileri olması durumu, çocuğun aileye en çok ihtiyaç duyduğu dönemde evlat edinene yanında bulabilmesi ve bir aile birliği içinde hissedebilmesi için önem arz eder.

II. BİRLİKTE EVLAT EDİNMEDE YAŞ KOŞULU

Türk Hukukunda TMK m. 306/II'ye göre; birlikte evlat edinmede yaş koşulu, her iki eşin de otuz yaşını doldurmuş olmasıdır. İsviçre Hukukunda ise 01.01.2018 tarihli revizyonla birlikte, evlat edinme kararının verilmesinde çocuğun yararının yer alması gerektiğine ilişkin istek daha da güçlendirilmiş olup, evlat edinmeye ilişkin koşulların çocuğun yararına uygunluk teşkil etmesi halinde, belirli koşullardan ayrılarak evlat edinmeye imkan tanınmıştır. Bu takdir yetkisi ile 01.01.2018 tarihli revizyonun evlat edinme konusunda, çocuğun yararı gerektirdiği takdirde, esneklik sağladığını söylemek mümkündür. Söz konusu esneklikle İsviçre Hukukunda çocuğun yararı ilkesinin ne kadar önemli ve birincil ilke olduğunun bir kez daha altı çizilmiştir.

Revizyonla yapılan esneklik doğrultusunda, revizyon öncesinde mümkün olmayan bazı durumlar, çocuğun yararı doğrultusunda değiştirilmiştir. Örneğin; evlat edinecek ebeveynler açısından kabul edilen asgari otuz beş yaş koşulu, yirmi sekize düşürülmüştür. Bu şekilde somut olay kendi içinde daha net ve objektif bir biçimde değerlendirilebilecek ve evlat edinmeye ilişkin koşullar olaya özgü olarak dikkate alınabilecektir¹⁷.

İsviçre Hukukunda öngörülen otuz beş yaş sınırının, diğer ülkelerin hukuki düzenlemeleriyle karşılaştırıldığında aşırı derecede yüksek olduğu ve evlat edinmek isteyen birçok çifti bu katı kurallar çerçevesinde evlat edinmeden uzaklaştırdığı görülmektedir. Bu yaş koşulu hem tek başına evlat edinme hem de birlikte evlat edinme için geçerlidir. Ancak İsviçre Hukukunda üvey çocuğun evlat edinilmesi için İsviçre Medeni Kanunu/Zivilgesetzbuch'da (ZGB) herhangi bir yaş koşulu öngörülmemiştir¹⁸.

ZGB Art. 264a/II ise 01.01.2018 tarihli revizyon öncesinde bulunmayan ve revizyon ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir. ZGB Art. 264a/I'de aranan asgari yirmi sekiz olarak belirlenen yaş koşuluna bir istisna getirilmiştir. Anılan maddeye göre istisna; çocuğun menfaatinin korunması için zorunluluk teşkil ettiği takdirde asgari yirmi sekiz olarak aranan yaş koşulundan ayrılmanın mümkün olduğudur. Çocuğun menfaatinin korunmasının gerekliliği hususundaki ispat yükü ise, evlat edinmek isteyen eşlerin üzerindedir. Ancak bu zorunluluğun sadece yaş koşuluna ilişkin bir istisna teşkil ettiğini ve diğer koşulların varlığı halinde evlat edinmenin mümkün olacağını ifade etmek yerinde olacaktır¹⁹.

17 ZGB, <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>> 900, 13 August 2023; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 131.

18 ZGB, <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>> 903, 13 August 2023; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 150.

19 ZGB, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) 924; Harun Demirbaş ve Davut Armağan, 'İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler' (2019) 6(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45, 53,54; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 131.

Alman Hukukunda ise BGB §1743²⁰ hükmü uyarınca evlat edinebilmek için eşlerin yirmi beş yaşına erişmiş olması veya BGB§1741/II hükmünde üçüncü cümlede öngörülen durumlarda, eşlerden birinin yirmi beş, diğer eşin de yirmi bir yaşına ulaşmış olması gerekmektedir²¹. Anılan hüküm, evlat edinen kişinin söz konusu yaşa ulaştığında belirli bir yetiştirme olgunluğuna ve ruhsal olgunluğa sahip olduğu düşüncesini yansıtmaktadır. Kişinin gerekli olgunluğa ulaşması sonucunda, ebeveyn-çocuk ilişkisinin sınırları daha keskin bir biçimde çizilecek ve bu anlamda gerçek bir ebeveyn-çocuk ilişkisi meydana gelecektir²².

Türk Hukukunda birlikte evlat edinmede TMK'da yer alan ilgili hüküm gereği, eşlerin ya en az beş yıldır evli olma ya da eşlerin ikisinin de otuz yaşını doldurması olması gerekmektedir. Bu koşullar birbirinin alternatifidir²³ ve bu koşulların birbirine alternatif olması hususu doktrinde eleştirilmiştir. BELEN'e göre²⁴; kanun koyucu otuz yaşın doldurulması koşulunu getirerek evlilik süresini tamamen göz ardı etmiştir. Zira bu durumda otuz yaşını dolduran her iki eş, evlendikleri günü takip eden herhangi bir gün içerisinde koşulların gerçekleşmesiyle evlat edinebileceklerdir. Elbette en az bir yıl süreyle evlat edinilen küçüğe karşı olan bakım ve gözetim yükümlülüklerinin de yerine getirilmesi şartıyla evlat edinme işleminin olumlu olarak sonuçlanmasından bahsedilecektir.

Bakım ve gözetim yükümlülüğünün aynı çatı altında ve evlilik birliğinin devamı süresince gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu husus dikkate alındığında, otuz yaşını doldurmuş ve bir yıllık evli olan eşlerin diğer koşulların da varlığı halinde, evlat edinmesi mümkün hale gelmektedir. Bu bakımdan bir yıllık evlilik ile beş yıllık evlilik arasında teknik olarak bir fark bulunmayacaktır²⁵. Anılan iki evlilik de bu amaca hizmet etmiş olacaktır.

Birlikte evlat edinmeyi sadece evlilik süresi yönünden değerlendirecek olursak, bu durumda da evlenme yaşının irdelenmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. TMK'nın 124. maddesine göre, on yedi yaşını dolduran kişi evlenebilecektir. O halde eşler on yedi yaşını doldurduklarında evlenmişse, yirmi iki yaşını doldurdukları zaman da evlat edinebileceklerdir. TMK'nın birlikte evlat edinmeye ilişkin hükmü, bu durumun önüne geçecek nitelikte herhangi bir kural içermemektedir. Sadece evlilik süresine ilişkin koşul hükme bağlanmış ama bu düzenlemede evlenme yaşı dikkate alınarak herhangi ek bir koşul getirilmemiştir. Bu husus da birlikte evlat edinmede sadece evlilik süresi temel alındığında, yaş koşulu olan otuz yaşın doldurulması sınırının oldukça altında kalmaktadır²⁶. Bu durum da çocuğun yararına aykırı durumlar ortaya koyabilecektir. Daha önce de değinildiği üzere, bu yaş koşulunun bireye belli bir olgunluk sağladığı için de getirildiği açıktır. Beş yıllık evli olan ve

20 BGB, <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>> 17 August 2023.

21 Çağlayan Aygün (n 6) 90, Mehmet Akçal, *Medeni Hukuk* (Yetkin Yayınları 2022) 180; Muhsen Abdulkader Saleh, *Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 52; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 131.

22 Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 150.

23 Aydoğdu (n 2) 300,301; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 381; Öztan (n 1) 954.

24 Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2005) 21.

25 Belen (n 24) 21; Çağlayan Aygün (n 6) 92.

26 Belen (n 24) 21; Çağlayan Aygün (n 6) 92.

otuz yaş koşulunun altında olan bireyin evlat edinmesi, bu olgunluk düzeyine ulaşamadığından belli başlı risklere yol açabilecektir.

Kanımızca da otuz yaşın doldurulması ya da beş yıldır evli olma koşulunun birbirlerinin alternatifi olması, birlikte evlat edinme yolunun tercih edilmesi bakımından hükmün amacını güçleştirmektedir. “*Ya da*” ifadesi ile ya sadece yaş koşulunu dolduran veya en az beş yıldır evli olan eşler evlat edinebilecektir. Oysaki en az beş yıllık bir evliliğe ulaşan çiftler, evliliğin gidişatı yönünde daha sağlam bir şekilde fikir sahibi olabilecek ve daha düzenli bir evlilik birliği sağlanacaktır. Yine otuz yaşını doldurmayan ama evlilik süresi bakımından beş yıla ulaşan kişi, gerekli olgunluğu taşımama ihtimaline karşılık yine de evlat edinebilecektir. Bu durum evlat edinme kurumunun amacına ters düşmekte olup, bu koşulların birbirine alternatif olarak sunulması yerine tamamlayıcı koşullar olması gerekmektedir. Tıpkı İsviçre Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da koşulların tamamlayıcı olmasının bizleri çocuğun yararı ilkesine daha çok yaklaştıracığı açıktır.

III. EŞLERDEN BİRİNİN DİĞERİNİN ÇOCUĞUNU EVLAT EDİNMESİNDE (ÜVEY ÇOCUĞUN EVLAT EDİNİLMESİNDE) YAŞ KOŞULU

Eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi, üvey çocuğun evlat edinilmesi olarak adlandırılmaktadır. Üvey çocuğun evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması için, TMK uyarınca eşler evli olmalı ve evlilik belli bir süreyi doldurmuş bulunmalıdır. Evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinmesi mümkün olmadığından, taraflar evlilik dışı fiilen birlikte yaşıyorlarsa, bu halde birlikte evlat edinme hükümleri uygulanamayacaktır. Evlilik dışı fiilen birlikte yaşayan taraflar için, tek başına evlat edinmeye ilişkin hükümlere başvurulması gündeme gelecektir²⁷.

Üvey çocuğun evlat edinilmesinde evlat edinmek isteyen eşin, diğer eş ile en az iki yıldır evli bulunması veya otuz yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Yine bu tür evlat edinmede de anılan koşullar “*ya da*” bağlacı nedeniyle birbirine alternatif olarak aranmaktadır²⁸.

İki yıllık evlilik süresi her ne kadar yeterli gibi görünse de, bazı durumlarda bu süre yetersiz kalmaktadır. Bilindiği üzere olağan evlilik yaşı on yedi yaşın doldurulmasıdır. TMK m. 124/1'e göre olağan evlenme yaşında evlenen bir kişi, on dokuz yaşını doldurduğunda eşinin çocuğunu evlat edinebilecektir. On dokuz yaşında bir kişinin, otuz yaşını doldurmuş bir kişiye nazaran daha az olgun olduğu ve yine hayat tecrübesinin daha eksik olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu olumsuz yön, evlat edinilen ve evlat edinen arasında on sekiz yaş fark bulunması koşuluyla biraz da olsa giderilmiştir. Bu koşul doğrultusunda on dokuz yaşını dolduran eş, en fazla bir yaşındaki üvey çocuğunu evlat

27 Aydoğdu (n 2) 304; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (9. Bası, Legal Yayınevi 2023) 207.

28 “Diğer eşin çocuğun evlat edinilmesini kolaylaştırmak amacıyla kanun koyucu tarafından alternatifli bir düzenlemeye yer verilmesi ve otuz yaş şartının sağlandığı bir durumda, evliliğin süresine bakılmaksızın evlat edinmeye imkan tanınması, kalıcı bir soybağı ilişkisi kuran evlat edinmenin ruhuna uygun olmadığı gerekçesiyle doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştiriyeye uğramıştır”. Ayrıca bkz. Aydoğdu (n 2) 303; Belen (n 24) 23, 24; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2005) 227.

edinebilecektir²⁹. Ancak bu takdirde de söz konusu koşulun tam anlamıyla işlevsel olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü evlat edinecek tarafın olgunluk seviyesinin ve çocuğun yararının somut olaya göre değişkenlik göstereceği açıktır.

Üvey çocukların evlat edinilmesinde de, yaş koşulunun yanı sıra bakım süresinin de yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak bu koşul evliliği belli bir süredir devam eden ve evliliğin devamı sırasında halihazırda birlikte yaşayan eşler ve çocuk için anlamsız kalmaktadır. Evliliğin devamı süresince zaten birlikte yaşayan taraflar, anılan bakım süresi koşulunun gerçekleştiği ileri sürülmektedir³⁰.

Kanımızca da evlat edinme kurumunun amacı düşünüldüğünde, temelde tarafların birbirlerini benimsemesi, birbirlerine alışması ve kendilerini bir aile gibi hissetmesi için konulan bu koşul, zaten birlikte yaşayan taraflar için yerine gelmiş bulunmaktadır. Bu nedenle başvurudan sonra tekrar böyle bir sürenin doldurulmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü bu koşulun amacı gerçekleşmiş sayılmaktadır.

Evlilik koşulunun dışında otuz yaşın doldurulmasıyla da üvey çocuğun evlat edinilmesi gerçekleşebilir. Bu ihtimale istinaden evlendikten hemen sonra sadece yaş koşuluna ulaştığı için üvey çocuğun evlat edinilmesinin mümkün olmaması gerektiğini savunan görüşe göre, bakım ilişkisindeki sürenin mutlaka doldurulması gerektiği ileri sürülebilir. Fakat zaten iki yıldır evli olan ve evlat edineceği çocukla birlikte yaşayan eş için de, bu bakım süresini aramak anlamsız olacaktır³¹. Anılan diğer koşulları da değerlendirdikten sonra hakim, somut olay doğrultusunda evlat edinmek isteyen eşin, çocuğa davranış biçimini de ayrıca incelemelidir.

İsviçre Hukukunda üvey çocuğun evlat edinilmesi, 01.01.2018 tarihli revizyon sonrasında ZGB Art. 264c'de üç fıkra şeklinde düzenlenmiştir. Üvey çocuğun evlat edinilmesi türünde çocuk, baştan beri üvey ana baba ile birlikte yaşamaktadır ve zaten birlikte yaşadığı bu ailenin de bir parçasıdır. Dolayısıyla birlikte evlat edinme veya tek başına evlat edinme türlerinde olduğu gibi, taraflar arasında bir yabancılık ilişkisi bulunmamaktadır ve bu nedenle anılan madde de bir yaş sınırı öngörülmemiştir³².

ZGB Art. 264c/I hükmünde; bir kimsenin, evlat edinmek istediği çocuğun annesi veya babası ile evli olması, tescil edilmiş ve kayıtlı birliktelik ilişkisi içinde yaşaması veya fiili yaşam ortaklığı sürdürmesi durumunda bu çocuğu evlat edinebileceği belirtilmiştir. Bu hükümlerle evlilik olan eşlerin yanı sıra, evlilik dışı birlikteliklerde de partnerin çocuğunun evlat edinilmesinin yolu açılarak, evlat edinmede yer alan katı sınırların dışına çıkmıştır³³.

29 Aydoğdu (n 2) 304, 305.

30 Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 610.

31 Aydoğdu (n 2) 303-305.

32 Botschaft (n 19) 925; Nazlı Albayrak Ceylan, 'Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2022) 63.

33 Demirbaş ve Armağan (n 19) 56,57; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 138 vd; <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>> 908 21 August 2023.

ZGB Art. 264c/II'de 1. fıkrada çiftlerin, üç yıllık süre boyunca "aynı evde" ortak hayatı sürdürme zorunluluğu düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, 01.01.2018 tarihli revizyondan önceki düzenlemede beş yıl evli olma koşulu aranırken, anılan revizyonla birlikte bu süre üç yıla indirilmiştir. Bununla birlikte evlilik dışı birlikte yaşama olgularına da evlat edinmenin yolu açılmıştır. Başka bir deyişle evlilik koşulu genişletilerek, aynı evde ortak hayatı sürdüren kişilerin de bu haktan yararlanılmasına imkan verilmiştir³⁴.

Bakım ilişkisi boyunca meydana gelen kısa süreli kesintiler (tatil, hastane, okul veya iş yüzünden birlikte bulunamama gibi) bakım ilişkisinin uzatılmasına sebebiyet vermez. Eşlerden birinin aile konutunu terk etmesi de, bakım ilişkisini kesintiye uğratmaz³⁵. Ancak bu durumda evlat edinen ebeveynlerin üç yıl birlikte yaşaması gerekliliğinin yerine getirilip getirilmediği sorusu gündeme gelebilir (ZGB Art. 264c/I-II)³⁶.

ZGB Art. 264c/III revizyon sonrasında düzenlenen yeni bir hükümdür. İlgili hükme göre fiili yaşam ortaklığı sürdüren kişilerin başkalarıyla evli ve kayıtlı birliktelik altında olmamaları zorunludur. Bu durumun somut olay doğrultusunda çocuğun yararına olmayacağı açıktır³⁷. Başka bir deyişle ZGB 264c/III'e göre, biyolojik ebeveynin fiili hayat ortağı olarak bir üvey çocuğu evlat edinmek isteyen kişi, başka herhangi bir hukuki statüde olmamalıdır. Çünkü çocuğun kendi içinde kapalı yeni bir aileye adapte olması ancak bu şekilde sağlanabilecektir³⁸.

IV. TEK BAŞINA EVLAT EDİNMEDE YAŞ KOŞULU

Tek başına evlat edinmede yaş koşulunu, evli olmayan kişinin tek başına evlat edinmesi ve evli kişinin tek başına evlat edinmesinde yaş koşulu olarak iki ayrı başlık altında incelemek gerekmektedir.

A. EVLİ OLMAYAN KİŞİNİN TEK BAŞINA EVLAT EDİNMESİNDE YAŞ KOŞULU

Hiç evlenmeyen, dul olan veya boşanmış olan kişiler, evli olmayan kişilerdir³⁹ ve bu kişiler için tek başına evlat edinmenin koşulları açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Hukukumuzda bir kişinin tek başına evlat edinebilmesi için, mutlaka otuz yaşını doldurmuş olması şarttır. Evlat edinme açısından evli olmayan ve evli olan kişiler açısından temel fark, yaşa ilişkin değildir. Bu kişiler arasındaki temel fark, evliliğin yaş koşuluna alternatif olarak düzenlenmesi hususudur⁴⁰. İsviçre

34 Botschaft (n 19) 926; Demirbaş ve Armağan (n 19) 57.

35 BGE 126 III 412 E. 2b, 10.06.2022.

36 Roland Fankhauser and Melissa Buser, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Reihe OFK – Orell Füssli Kommentar ZGB Art. 264* (4. Aktualisierte, Orell Füssli Verlag AG 2021) 550, 551.

37 Botschaft (n 19) 925; Demirbaş ve Armağan (n 19) 57.

38 Fankhauser and Buser (n 36) 557-559; Yvo Biderbost, *Artikelkommentar, Personen – und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz Reihe CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG Verlag 2023) 901, 902.

39 Aydoğdu (n 2) 306; Demirbaş ve Armağan (n 19) 54.

40 Akçaal (n 21) 180; Belen (n 24) 25; Cengiz Kaya, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2009) 44; Çağlayan Aygün (n 6) 82.

Hukukunda bu yaş koşulu, ZGB Art. 264b ile yirmi sekiz yaşa indirilmiştir⁴¹. Alman Hukukunda ise BGB §1743 uyarınca yaş koşulu, yirmi beş yaşın doldurulması şeklinde hüküm altına alınmıştır⁴².

Türk Hukukunda kanun koyucunun otuz yaş sınıır olarak belirlemiş olmasının ana nedeni, kişinin bu yaşta daha olgun, daha öngörülü ve daha tecrübeli olarak hareket edebilmesi düşüncesinden ileri gelmektedir⁴³. Bu durumda evlat edinen evlat edindiği küçüğe, birçok konuda daha iyi yol gösterebilir ve tecrübesi nedeniyle katkıda bulunabilir.

Tek başına evlat edinme talebi, birlikte evlat edinme talebi ile kıyasla daha olumsuz sonuçlanmaktadır. Bunun nedeni evlat edinme kurumunun temelinde yer alan “*çocuğun üstün yararı*” ilkesinin uygulama alanı bulmasıdır. Çünkü tek başına evlat edinme yolunda, ya ana ya da baba tek olarak bir çocuğun sorumluluğunu almak durumunda kalacak ve bu durum da her iki taraf açısından belli başlı zorluklara yol açacaktır. Bu nedenle tek başına evlat edinme yolu her zaman olmamakla birlikte, çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyecek durumlara neden olabilecektir. Bu sebeple tek başına evlat edinme yoluna nazaran birlikte evlat edinme yolu, çocuğun gelişimi ve bir aile ortamı içerisinde büyümesi açısından çok daha doğru bir seçenektir. Ancak az da olsa bu durumun istisnalarının da mevcut olduğu, günlük hayatımızda görülebilmektedir⁴⁴.

Kanımızca tek başına evlat edinmek isteyen tüm bireylerin hayatlarının düzensiz olduğunu ve bu durumun çocuğu negatif yönde etkileyerek onun yararına olmayacağını söylemek mümkün değildir. Bu talep her zaman titizlikle incelenmeli ve somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu durumda hem evlat edinilmek istenen çocuk bu korunmadan mahrum kalırken, hem de evlat edinmek isteyen kişi çocuk sevgisinden ve çocuk sahibi olma duygusundan mahrum kalacaktır. Bu nedenle tek başına evlat edinme hususunda, bu genellemelerden ve önyargılardan uzak durmak ve somut olaya göre objektif bir değerlendirme yapmak yerinde evlat edinme kurumunun amacı bakımından daha yerinde olacaktır.

Evli olmayan kişinin tek başına evlat edinebilmesi için TMK m. 307/II'ye göre otuz yaşını doldurmuş olması gerekir. Bu koşul, asli bir koşuldur. Buradaki önemli husus, otuz yaşın “*evlat edinme kararı verilinceye kadar doldurulmuş olmasıdır*⁴⁵”. Anılan hüküm kesinlikle esnetilemez. Evlat edinme başvurusunda bulunan kişinin, çok kısa bir süre içerisinde otuz yaşını dolduracağı anlaşılrsa dahi, tek başına evlat edinmeye ilişkin yaş koşulu sağlanmadığı için evlat edinmeye izin verilemez.

Tüm yaş sınırları için genel olarak gerekli yaş doldurulmadan, evlat edinme kararı verilemez ancak bir şekilde gerekli yaş doldurulmadan bir karar verilmişse, mevcut ilişkinin kaldırılması talep edilebilir. Öte yandan ilişkinin kaldırılması talebi karara bağlanmadan yaş koşulu yerine getirilmiş

41 Heinz Hausheer, Thomas Geiser and Regina Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (6. Auflage, Stampfli Verlag 2018) 366.

42 Akçaal (n 21) 180; Çağlayan Aygün (n 6) 90; Saleh (n 21) 52; Yılmaz, ‘Güncel Gelişmeler’ (n 12) 131.

43 Çağlayan Aygün (n 6) 83.

44 Saleh (n 21) 58,59.

45 Er (n 5) 19; Öztan, (n 1) 954; Saleh (n 21) 57; Serozan (n 28) 226.

olursa da, bu takdirde artık ilişkinin kaldırılması kararı verilmesi de mümkün olmayacaktır⁴⁶. Söz konusu durum kanımızca evliler için de geçerlidir. Örneğin; bir kişi yirmi dokuz buçuk yaşında dava açsa ve bir yıldır evli olsa bu durumda yaşa bağlı evlat edinme talebi olacak ve fakat yaş koşulunu sağlamadığı için evlat edinme başvurusunun kabul edilmemesi gerekecektir. TMK m. 318'e göre evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası açıldığı sırada kişi otuz yaşını doldurur ise, evlatlık ilişkisinin kaldırılması yani davanın olumlu sonuçlanması mümkün olmayacaktır⁴⁷. Çünkü burada otuz yaşın doldurulması koşulu gerçekleşmiş olacak olup, evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasını gerektirecek olan durum da ortadan kalkmış olacaktır.

Kişinin, boşandığı eşinin veya ölmüş olan eşinin çocuğunu tek başına evlat edinmek istemesi de mümkündür. Bu durumda evlat edinme kurumunun amacına uygun olacak şekilde, her zaman olduğu gibi, küçüğün yararının gözetilmesi gerekmektedir⁴⁸. Bu ihtimalde çocuğun yararı, evlat edinme ilişkisinin kurulmasında gözle görünür bir etki yaratır. Zira çocuk ile evlat edinen arasındaki ilişkinin yanı sıra, çocuğun ana ya da babası ile evlat edinen arasında da bir ilişki söz konusudur. Bu ilişki ise bir bakıma çocuk ile evlat edinenin ilişkisinin bir parçasıdır ve evlat edinme sonrasında oluşan bu ilişki ağı çocuğun yararının hangi yönde ağır basacağını önemli ölçüde etkileyecektir.

Tek başına evlat edinme başvurusu yapıldıktan sonra, kişinin evlenmesinin evlat edinmeye bir etkisi bulunmamaktadır⁴⁹. Başka bir deyişle başvuru yapıldıktan sonraki aşamada evlat edinmek isteyen taraf yeniden evlenirse, birlikte evlat edinmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmez. Bununla birlikte evlat edinme başvurusundan sonra yapılan evlilikteki eşin, bu durum için rızası da aranmaz. Burada evlat edinmede her durumda olduğu gibi belirleyici olan tek husus, küçüğün yararınıdır. Ancak küçüğün yararı gerektiriyorsa, hakim takdir yetkisi doğrultusunda tek başına evlat edinmeye izin vermeyebilir⁵⁰.

İsviçre Hukukunda ZGB Art. 264b/I hükmüne göre; evli olmayan ve tescil edilmiş/kayıtlı birliktelik halinde bulunmayan bir kimsenin de tek başına evlat edinmesi mümkündür. Bununla birlikte evli veya kayıtlı birliktelik halinde yaşamasına rağmen yine de tek başına evlat edinme durumu ilgili hükmün 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir⁵¹.

B. EVLİ OLAN KİŞİNİN TEK BAŞINA EVLAT EDİNMESİNDE YAŞ KOŞULU

Evli kişilerin birlikte evlat edinmesi gerekliliği TMK m. 306'da hüküm altına alınmıştır. Ancak bu kuralın istisnaları da mevcuttur. TMK'da düzenlenen hallerin varlığı halinde, evli kimse genel kuraldan ayrılarak, istisnai olarak tek başına evlat edinebilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, TMK'da düzenlenen istisnalar haricinde tek başına evlat edinme, diğer eşin bu duruma rıza

46 Başak Görgeç, 'Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması' (2010) XIV(1-2) EBYÜ-HFD 353, 364, 365.

47 Görgeç (n 46) 364, 365.

48 Öztan (n 1) 960.

49 Çağlayan Aygün (n 6) 83.

50 Aydoğdu (n 2) 307.

51 Demirbaş ve Armağan (n 19) 54, 55; Fankhauser and Buser (n 36) 555, 556.

göstermesi halinde dahi mümkün değildir⁵². Tek başına evlat edinme amacıyla eşin, diğer eş vereceği rıza da geçerli değildir.

Evli kişinin tek başına evlat edinebilmesi için hem otuz yaşını doldurmuş olması, hem de TMK'da belirtilen üç istisnai halden birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵³. 743 sayılı MK döneminde eşlerden birisinin, istisnai bir durumun gerçekleşmesine gerek olmaksızın, tek başına evlat edinmesine olanak tanınmaktaydı. Fakat böyle bir durumda diğer eşin rızasının da alınmış olması gerekiyordu. Diğer eşin rızasının alınması hususu, eşin çıkarlarının gözetilmesi bakımından ve özellikle de miras hukuku açısından önem arz etmekteydi⁵⁴. Çünkü bu rıza, miras payının azalmasının önüne geçmek için verilmekteydi.

743 sayılı MK'da rıza ile ilgili bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak Kanunda şekil şartı öngörülmemesine rağmen, rızanın uygulamada mutlaka, evlat edinmeye izin davalarının görüldüğü sırada verilmesi gerekmekteydi. Susma da bu hususta örtülü rıza niteliği taşımaktaydı. Yargıtay'a göre, rıza verilmeden evlat edinme işlemi gerçekleşir ve tek başına evlat edinen eş öldükten sonra bu hususu ileri sürmez ise, bu durum hakkın kötüye kullanılması sayılmaktaydı⁵⁵. 743 sayılı MK'da yer alan hüküm, TMK'da yer almamaktadır. Bunun nedeni ise TMK m. 307/II'ye göre evli eşlerin ancak birlikte evlat edinebilmesine ilişkin hükmün varlığıdır. Eşin tek başına evlat edinmesinin gündeme geldiği durumda, kanunda sayılan istisnalardan birinin varlığında ise, eşin rızasının alınması bir anlam ifade etmeyecek veya olanaksız olacaktır⁵⁶.

Kanunumuzda hüküm altına alınan yaş koşulunun, evlat edinmeden önce gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte burada, TMK birlikte evlat edinmede aranan otuz yaşın doldurulması koşuluna alternatif olan evliliğin belli bir süre sürdürülmüş olması koşuluna yer verilmemiştir. Bu tür evlat edinmede mutlaka otuz yaşın tamamlanmış olması şarttır. Dolayısıyla tek başına evlat edinmek isteyen eş beş yıldır evli olsa dahi, otuz yaşını doldurmamışsa evlat edinmeyecektir⁵⁷.

Evli bir kişinin tek başına evlat edinebilmesine ilişkin ikinci koşul, eşlerin birlikte evlat edinmesinin kanunda sayılan nedenlerle olanaksız olmasıdır. Anılan hallerde, mevcut eşin rızası aranmamaktadır.

Evli eşin tek başına evlat edinebilmesi için; İsviçre Hukukunda ZGB Art. 264a maddesine göre yirmi sekiz yaşın⁵⁸, Alman Hukukunda ise BGB §1743 hükmüne göre yirmi beş yaşın doldurulması gerekmektedir⁵⁹. Ancak İsviçre ve Alman Hukukları için de tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, yaş koşulunun evlat edinme için tek başına yeterli olmadığını belirtmek yerinde olacaktır.

52 Çağlayan Aygün (n 6) 83; Öztan (n 1) 960 vd.

53 Aydoğdu (n 2) 308; Belen (n 24) 28; Çağlayan Aygün (n 6) 84; Öztan (n 1) 961; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 374.

54 Aydoğdu (n 2) 309; Çağlayan Aygün (n 6) 84.

55 Çağlayan Aygün (n 6) 84.

56 Aydos (n 14) 122.

57 Aydoğdu (n 2) 312; Çağlayan Aygün (n 6) 85.

58 Demirbaş ve Armağan (n 19) 51.

59 BGB, <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>> 22 August 2023; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 150.

ZGB Art. 264b/II hükmünde evli kişilerin tek başına evlat edinebilmesi hususu düzenlenmiştir. Anılan hükme göre evli bir kişinin tek başına evlat edinebilmesi için, evlat edinmek isteyen kişinin eşinin sürekli bir biçimde ayırt etme gücünden yoksun olması ya da iki yıldan daha uzun süredir nerede olduğunun bilinmemesi veya eşlerin mahkeme kararıyla üç yıldan daha uzun süredir ayrı yaşıyor olması gerekmektedir. Önemle belirtilmesi gereken bir husus da 01.01.2018 tarihli revizyon öncesinde ZGB Art. 264b/II hükmünde yer alan “*birlikte evlat edinmenin imkansız olduğunun ispatlanması (die gemeinschaftliche Adoption als unmöglich erweist)*” ibaresinin hükümden çıkarılmış olduğudur⁶⁰.

ZGB Art. 264b/III hükmüne göre ise; kayıtlı birliktelik yaşayan bir kişi de tek başına evlat edinebilir. Ancak bu kişinin, en az yirmi sekiz yaşını doldurması ve partnerinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması veya iki yıldan uzun süredir nerede olduğunun bilinmemesi koşullarını taşıması gerekmektedir. Bu hüküm daha önceden ZGB’de mevcut olmayıp, 01.01.2018 tarihli revizyon ile yeni düzenlenen bir hükümdür⁶¹. Kural olarak, tek başına evlat edinme kurumu kayıtlı bir ortaklık içinde yaşayan kişilere de açık değildir⁶².

V. İSVİÇRE HUKUKUNA GÖRE EVLAT EDİNER İLE EVLAT EDİNİLEN ARASINDAKİ ASGARİ VE AZAMİ YAŞ FARKI

İsviçre Hukukunda 1972 yılındaki revizyon öncesinde evlat edinen ile evlat edinilen arasında olması gereken yaş farkı on sekiz iken, 1972 tarihli revizyon sonrasında on altı yaş farkı yeterli görülmüştür (eski ZGB Art. 265/I)⁶³. Bu durum hala geçerlidir ancak her ne kadar ZGB 264d/II daha esnek bir yaklaşıma açıkça izin verse de kuşkusuz ebeveynlik rolleri evlat edinen kişininkine göre şekillendirilmelidir.

01.01.2018 tarihli revizyonla yaş farkı ise, ZGB Art. 264d/I ve Art. 264d/II ile ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir⁶⁴. ZGB Art. 264d/I hükmü ile; çocuk ile evlat edinmek isteyen kişiler arasındaki yaş farkı on altı yaştan az ve yine bu fark kırk beş yaştan fazla olamaz. ZGB Art. 264d/II’ye göre ise istisnai durumlarda bu yaş koşulundan ayrılmak mümkündür⁶⁵. Bu madde bize anılan yaş farklarının mutlak nitelikte olmadığını göstermektedir⁶⁶. Başka bir deyişle bu yaş farkları çocuğun üstün yararı doğrultusunda esnetilebilir. Zira anılan revizyon İsviçre Hukukunda çocuğun yararı doğrultusunda

60 Demirbaş ve Armağan (n 19) 55.

61 Botschaft (n 19) 925; Demirbaş ve Armağan (n 19) 55; Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 38) 366.

62 Fankhauser and Buser (n 36) 555-557.

63 Biderbost (n 38) 904; Botschaft (n 19) 926. Ayrıca bkz. Botschaft (n 19) 904; Demirbaş ve Armağan (n 19) 59; Fankhauser and Buser (n 36) 560.

64 Biderbost (n 38) 904; Botschaft (n 19) 904, 926; Demirbaş ve Armağan (n 19) 59; Fankhauser and Buser (n 36) 560; Heinz Hausheer, Thomas Geiser and Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (7. Auflage, Stämpfli Verlag Bern 2022) 406; Peter Tuor, Bernard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Jungo and Bettina Hürlimann-Kaup, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (15. Auflage, Schulthess Zürich 2023) 471.

65 Biderbost (n 38) 904; Botschaft (n 19) 904 and 926; Demirbaş ve Armağan (n 19) 59; Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 64) 406; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo and Hürlimann-Kaup (64) 471.

66 Yılmaz, ‘Güncel Gelişmeler’ (n 12) 151.

bazı hususların esnetilebileceğini gözler önüne sermektedir. Bu hususta haklı sebeplerin varlığına bakılmalı ve haklı sebepler her somut olay doğrultusunda kendi içinde değerlendirilmeye alınmalıdır.

Revizyondan önceki düzenlemede sadece yaş farkının asgari sınırı belirtilmiş olup, yeni düzenlemede buna ek olarak bir de üst sınır getirilmiştir⁶⁷. Yaş farkına ilişkin üst sınırın getirilmesinin temel nedeni, evlat edinilen ile evlat edinen kişi veya eşler arasında doğal soybağına benzer bir ilişkinin kurulması düşüncesidir. Bu yaş sınırının diğer bir sebebi de, evlat edinmek isteyen ebeveynlerin evlat edinilen çocuğun en azından ergin olmasına kadar ona bakabilecek durumda olmaları gerektiği düşüncesidir⁶⁸.

Evlat edinmek isteyen kişilerin azami yaşı, temelinde evlat edinilecek küçüğün yaşına bağlıdır. Örneğin beş yaşındaki bir çocuk için onu evlat edinmek isteyen ebeveynlerin yaklaşık elli yaşında olmaları ya da bir bebeği evlat edinecek ebeveynlerin ise yaklaşık kırk beş yaşında olmaları gerekmektedir. 01.01.2018 tarihli revizyonla ZGB'de ilk defa öngörülen bu azami yaş sınırı, çocuğu esas alarak belirlenmeye odaklanmıştır. Ancak burada her iki ebeveynin de azami kırk beş yaş aşması durumunda, evlat edinme talebinin olumsuz sonuç doğuracağını ifade etmek yerinde olacaktır. Bununla birlikte ebeveynlerin birinin bu yaş farkını aşması durumunda ise, uzlaşma yoluna gidilmesi mümkündür⁶⁹. Bu uzlaşmanın her somut olayda çocuğun yararına olacak şekilde uygulanması gerekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi⁷⁰, bu konunun herhangi bir şekilde şematize edilmesini açıkça reddetmekte, ancak kırk beş yaş veya daha fazla bir yaş farkını (tek başına evlat edinme için) çok yüksek bulmaktadır. Federal Mahkeme, arada elli sekiz yaş farkının olduğu bir olayda evlat edinmeyi reddetmiştir⁷¹.

Almanya'da yürürlükteki pozitif hukuk, evlat edinen kişi için bir üst yaş sınırı öngörmemiştir. Bununla birlikte evlat edinen ile evlat edinilen çocuk arasında belirli bir yaş farkı da düzenlenmemiştir⁷².

VI. SONUÇ

Evlat edinme kurumu, çocuğun yararı ekseninde kurulmuş bir kurumdur. Dolayısıyla evlat edinmek için aranan her bir koşulun, çocuğun yararına hizmet etmesi gerektiği açıktır. Bu koşullardan en önemlilerinden biri olan yaş koşulu, esasa ilişkin bir koşuldur. Türk Hukukunda TMK'nın ilgili maddesine göre evlat edinebilmek için, asgari olarak en az otuz yaşını doldurmuş olmak şarttır.

67 Biderbost (n 38) 904; Fankhauser and Buser (n 36) 560; Canan Yılmaz, '1 Ocak 2018 Tarihinde Yürürlüğe Giren Revizyonla İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler' (2019) Asoscongress Alanya Uluslararası Hukuk Sempozyumu 126; Huasheer, Geiser and Aebi-Müller (n 64) 366.

68 <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>> 905, 926, 19 December 2021; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 133.

69 Yılmaz, 'Evlat Edinme Revizyonu' (n 67) 126-129; Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 151; <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>>, 22 August 2023.

70 BGE 5A.11/2005 ve BGE 5A.6 /2004 E 3.2, 02.11. 2022.

71 Aynı yönde bkz. BGE 5A_66/2009 E 3.3.1, 02.11. 2022.

72 Yılmaz, 'Güncel Gelişmeler' (n 12) 151, 152.

İsviçre Hukukuna göre ise ZGB’de bu yaş koşulu, yirmi sekiz yaş olarak hüküm altına alınmıştır. Ancak 01.01.2018 tarihinde gerçekleşen revizyon ile ZGB Art. 264a/II hükmü çocuğun yararını korumak amacıyla, yaş koşuluna bir istisna getirmiştir. Söz konusu istisna; çocuğun menfaatinin korunması için zorunluluk teşkil ettiği takdirde asgari yaş koşulundan ayrılmanın mümkün olduğudur. Dolayısıyla burada somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalı ve çocuğun yararı gerektiriyorsa yaş koşulu açısından bir esneklik gösterilmelidir. Çünkü bu hususta yaş koşulunun katı bir biçimde uygulanması, çocuğun yararına aykırı olabilir. Bu durum çocuğun menfaati ile çatıştığı takdirde, burada çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği açıktır. Daha önce de belirtildiği üzere bu durum evlat edinme kurumunun amacından da ileri gelmektedir. Alman Hukukuna göre BGB §1743 uyarınca, evlat edinebilmek için eşlerin yirmi beş yaşına erişmiş olması veya BGB §1741/II hükmünde üçüncü cümlede öngörülen durumlarda, eşlerden birinin yirmi beş, diğer eşin de yirmi bir yaşına ulaşmış olması gerekmektedir. Bu hüküm ise Türk ve İsviçre Hukuklarından farklı bir nitelik taşımaktadır. Görülmektedir ki, Alman Hukukundaki yaş koşulu, Türk ve İsviçre Hukuklarında belirtilen yaş koşulunun altındadır. Bunun yanı sıra birlikte evlat edinmede ise, istisnai durumlar doğrultusunda eşlerden birinin yirmi beş yaş koşulunu sağlaması durumunda, diğer eşin bu yaş koşulunu sağlamasının şart olmadığı görülmektedir. Bu hükmün de esneklik taşıması, Alman Hukukunda da çocuğun yararı çerçevesinde hareket edildiğinin bir göstergesidir. Kanımızca Türk Hukukunda da, başta İsviçre Hukukunda olduğu gibi benzeri uygulamalara yer verilmeli, başka bir deyişle somut olay dikkate alınarak çocuğun yararı çerçevesinde yaş koşulundan ayrılmaya imkan tanınmalıdır. Ancak bu durumun sınırları ciddi bir şekilde belirlenmeli ve bu hususta suiistimallerin önüne geçilecek tedbirlere yer verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, *Medeni Hukuk* (Yetkin Yayınları 2022).
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayıncılık 2021).
- Albayrak Ceylan N, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme’ (Doktora Tezi Marmara Üniversitesi 2022).
- Arik F, ‘Türk Hukukunda Evlat Edinme’ (1949) 1(4) SBF 1 184-211.
- Aydoğdu M, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2009).
- Aydos OS, ‘Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme’ (2000) IV(1-2) Gazi ÜHFD 117-141.
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010).
- Belen H, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2005).
- Berki Ş, Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1962).
- Biderbost Y, *Artikelkommentar ZGB 264c, Personen – und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz Reihe CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG Verlag 2023).
- Çağlayan Aygün G, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).
- Demirbaş H ve Armağan D, ‘İsviçre Medeni Kanunu’nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler’ (2019) 6(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-82.
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2024).

- Egger A, *Aile Hukuku Medeni Kanun Şerhi, Tahir Çağa (çev.)* (Adalet Bakanlığı Yayınları 1949).
- Er A, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Küçüklerin Evlat Edinilmesi* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).
- Erlüle F, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Doğrultusunda Boşanmada Birlikte Velayet* (1. Bası, Yetkin Yayınları 2019).
- Fankhauser R and Buser M, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Reihe OFK – Orell Füssli Kommentar* (4. Aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021).
- Görgeç B, 'Evlatlık İlişisinin Kaldırılması' (2010) XIV(1-2) EBYÜ-HFD 353-379.
- Gürkan Ü, *Evlat Edinme ve Beslemelerin Hukuki Durumu – Türk Hukuku ve Toplum Üzerinde İncelemelerden* (Ayrı Bası, Türk Kalkınma Vakfı 1974).
- Hausheer H, Geiser T and Aebi-Müller R E, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (7. Auflage, Stämpfli Verlag Bern 2022).
- Hausheer H, Geiser T and Aebi-Müller R E, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (6. Auflage, Stämpfli Verlag Bern 2018).
- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (9. Bası, Legal Yayınevi 2023).
- Kaya C, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2009).
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3388 Hukuk Fakültesi Yayın No: 696, 1986).
- Öztaş B, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2015).
- Saleh MA, *Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2005).
- Tuor P, Schnyder B, Schmid, J, Jungo A and Hürlimann Kaup B, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (15. Auflage, Schulthess Zürich 2023).
- Yılmaz C, 'Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması' 35(1) MHB 103-141.
- Yılmaz C, 'Evlat Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler' iç Aslı Makaracı, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek (edr), *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021).
- Yılmaz C, *Velayet Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023).
- Yılmaz C, '1 Ocak 2018 Tarihinde Yürürlüğe Giren Revizyonla İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler' (2019) Asoscongress Alanya Uluslararası Hukuk Sempozyumu 126-135.

İNTERNET KAYNAKLARI

- BGB, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, erişim tarihi 17.08.2023.
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, erişim tarihi 19.11.2021. (Botschaft)
- <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 903, erişim tarihi 13.08.2023.
- RG, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011208.htm>, erişim tarihi 14.08.2023.

Doğrudan veya Dolaylı Banka Garantilerinde Uygulanacak Hukukla İlgili Değerlendirmeler

Assessments on the Applicable Law Regarding Direct and Indirect Bank Guarantees

Hüseyin Akif KARACA* 

ÖZ

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesiyle muhatap ile garanti sözleşmesi yapan banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkide lehtarın edimini ifa etmemesi nedeniyle muhatap bakımından ortaya çıkan rizikoyu üstlenmektedir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin doğrudan garanti sözleşmesi ve dolaylı garanti sözleşmesi olmak üzere iki alt türü bulunmaktadır. Doğrudan garanti sözleşmesinde garanti veren banka, lehtarın kendisine doğrudan başvurusu üzerine muhataba garanti vermektedir. Dolaylı garanti sözleşmesinde lehtar kendi ülkesindeki bankaya garanti talebiyle başvurmakta, bu banka muhatabın ülkesindeki bankadan muhataba garanti verilmesini talep etmektedir. Makalemizde garanti veren banka ile muhatap arasındaki gerek doğrudan garanti sözleşmesine gerekse dolaylı garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk ve bu garanti ilişkilerinde ortaya çıkabilecek olası kanunlar ihtilafı meseleleri ele alınmaktadır. Uygulanacak hukuka dair değerlendirmeler garanti sözleşmesi açısından özellik arz eden konularla sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda dolaylı garanti yapısında bankalar arası ilişkiye uygulanacak hukuk ile bu hukukun garanti ilişkisi bakımından taşıdığı önem incelenmektedir. Garanti bankasının muhatabın ülkesinde teyit bankası veya muhabir banka kullanması hâlinde muhatap ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişkilere uygulanacak hukukun yanı sıra garanti bankası ile teyit bankası veya muhabir bankası arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk da değerlendirilmektedir. Garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanacak hukuka etkisi de makalemizde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Garanti Sözleşmesi, Doğrudan Garanti, Dolaylı Garanti, Hukuk Seçimi, Genel İşlem Şartları, Teyit Bankası, Muhabir Banka, Kamu Düzeni, Doğrudan Uygulanan Kurallar.

ABSTRACT

The guarantor bank concludes a contract of guarantee with the creditor and assumes the risk that arises out of the failure of the principal debtor's performance under the main contract between the principal debtor and the creditor. There are two types of contracts of guarantee, which are direct contract of guarantee and indirect contract of guarantee. Under a direct contract of guarantee the guarantor bank gives guarantee to the creditor by direct application of the principal debtor. Under an indirect contract of guarantee the principal debtor applies to the bank in his home country with a demand of guarantee and this bank demands from the bank in the creditor's country to conclude a contract of guarantee with the creditor. The law applicable to both a direct contract of guarantee and an indirect contract of guarantee and possible conflict of laws matters that may arise out of a guarantee relationship are addressed in our article. Assessments regarding the applicable law are limited to issues that are specific to the contract of guarantee. In this context, the applicable law to the relationship between the banks under indirect guarantee structure and the significance of this law in terms of guarantee relationship are analysed. The guarantor bank may use a confirming bank or corresponding bank in the country of the creditor. The law applicable to the relations between the creditor and the confirming bank or the corresponding bank, as well as the applicable law to the legal relationship between the guarantee bank and the confirming bank or the corresponding bank are also evaluated. The effect of public order and overriding mandatory provisions to the applicable law of contract of guarantee is addressed in our article.

Keywords: Contract of Guarantee, Direct Guarantee, Indirect Guarantee, Choice of Law, Standard Terms and Conditions, Confirming Bank, Corresponding Bank, Public Order, Overriding Mandatory Provisions.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, akif.karaca@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3893-3132.

Makalenin maddi hukuk kısmının yazımında görüşleriyle katkıda bulunan ve Almanca kaynaklara erişimde yardımcı olan Prof. Dr. Burak Özen'e teşekkürlerimi sunarım

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hüseyin Akif KARACA

E-posta/E-mail: akif.karaca@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 08.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 02.05.2024

I. GİRİŞ

Olağan bir banka garantisinin arka planında üç köşeli bir ilişki bulunmakta ve bu üç köşede yer alan taraflar arasında birbirinden farklı sözleşmeler yer almaktadır. Bu bağlamda garanti lehtarları ile garanti muhatabı arasında yer alan temel ilişki satış, eser gibi bir sözleşme olabilir. Garanti lehtarları ile banka arasında hukukumuz açısından çok defa vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir iş görme sözleşmesi bulunmaktadır. Nihayet garanti veren banka ile garanti muhatabı arasında çok defa teminatı amaçlayan, kefalet benzeri garanti niteliğinde bir garanti sözleşmesi kurulmaktadır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ile garanti veren banka, lehtarın muhatapla arasındaki temel ilişkiden kaynaklı edimini yerine getirmemesi nedeniyle muhatap açısından oluşacak rizikoyu üzerine almaktadır.

Makalemizde garanti veren banka ve garanti muhatabı arasındaki garanti sözleşmesinin maddi hukuk boyutu uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından gerekli olduğu ölçüde sınırlı olarak ele alınmıştır. Uygulanacak hukuk incelemesi garanti sözleşmesi açısından özellik arz eden konularla sınırlandırılmıştır.

Bu doğrultuda garanti sözleşmelerinde hukuk seçimi incelemesi genel işlem şartlarında hukuk seçimi, kısmi hukuk seçimi ve yeknesak kuralların uygulanma şekliyle sınırlandırılmıştır. Benzer şekilde objektif kurala göre uygulanacak hukukun belirlenmesi aşamasında garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması nedeniyle bu durumun uygulanacak hukuk bakımından doğurduğu sonuçlar incelenmekte, garanti veren bankanın lehtardan aldığı karşı garantiye bağlı olarak muhataba garanti vermesi karşı garanti sözleşmesinin niteliğini ve bu sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunun da incelenmesini gerektirmektedir.

Garanti sözleşmesinde garanti veren bankanın muhatabın ülkesinde teyit bankası veya muhabir banka kullanması mümkündür. Bu durumda teyit bankası veya muhabir bankanın gördükleri işlevler ve bu işlevlerin hukuki niteliği, muhatap ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişkilere uygulanacak hukuk bakımından önem arz etmektedir. Garanti veren banka ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve uygulanacak hukuk da makalemizde incelenmektedir.

Doğrudan garanti ilişkisinin ötesinde daha çok sayıda kişi arasında yer alan sözleşmelerden oluşan dolaylı garanti yapısıyla ilgili sorunlar da makalemizde incelenmektedir. Dolaylı garanti yapısında yer alan sözleşmelerden bazılarında uygulanacak hukukla ilgili tartışmalı sorunlara özel önem verilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda dolaylı garanti yapısında garanti sözleşmesinde şahsi veya coğrafi açıdan olmasa dahi yabancılık unsurunun bulunması ve bu durumun uygulanacak hukuk bakımından taşıdığı önem incelenmiştir. Dolaylı garanti yapısında bankalar arası ilişkinin hukuki niteliği ve uygulanacak hukuk açısından önemi değerlendirilmiştir.

Garanti sözleşmesine uygulanacak hukukun istisnalarından kamu düzeni müdahalesi, özellikle hakkın kötüye kullanılması ve bu bağlamda dürüstlük kuralına aykırılık bakımından ayrıntılı ele alınmıştır. Uygulanacak hukukun istisnalarından doğrudan uygulanan kurallar, garanti sözleşmeleri bakımından taşıdıkları önem nedeniyle makalemizde inceleme konusu olmuştur.

II. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE TÜRLERİ

Garanti sözleşmesi, garanti alanın belirli bir davranışa girmesi veya borç ilişkisine girdiği üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle uğrayabileceği zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşmedir. Şahsi teminat sözleşmesi türlerinden birisi olan garanti sözleşmesi ile garanti veren üçüncü kişinin belirli bir davranışını veya bir girişimin sonucunu ve bu kişinin teminat altına alınan eylemi yapmaması veya sonucun gerçekleşmemesi durumunda garanti alanın uğradığı zararı karşılamayı, ödeme yapmayı, taahhüt etmektedir¹. Garanti verenin bir banka olduğu durumlarda garanti sözleşmesi “banka garantisi” veya “banka teminat mektubu” olarak adlandırılmaktadır. Banka garantileri ile muhatabın ticari sözleşmeden kaynaklanan alacağını sözleşmeye uygun olarak elde etmesi garanti edilmekte, elde edememe hâlinde banka ödeme yapmayı taahhüt etmektedir².

Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Garanti sözleşmesinde tanımlanan rizikonun gerçekleşmesi durumunda garanti veren, sözleşmede belirtilen bedeli ödemekle yükümlüdür. Garanti alan, garanti verenin kendisini yönelttiği davranışı gerçekleştirmek konusunda garanti verene karşı yükümlü değildir. Konumuzu oluşturan üçüncü kişinin ediminin garanti edildiği teminatı amaçlayan banka garanti sözleşmesinde üçüncü kişi edimini yerine getirmezse garanti veren bu edimi aynen ifade bulunmaya zorlanamaz. Garanti alan garanti verenden sadece garanti sözleşmesinde belirtilen bedeli ödemesini talep edebilir. Bu doğrultuda garanti alanın bir borcu bulunmamakta garanti sözleşmesinde belirtilen bedelin ödenmesini talep etme hakkı bulunmaktadır³.

Garanti sözleşmesinde garanti verenin ödeme yükümlülüğünün bağlandığı olaya “garanti olayı” denmektedir. Garanti olayı, gerçekleşince veya gerçekleşmeyince garanti verenin muhataba ödeme yapmasını gerektiren olgudur. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde temel ilişkideki edimin yerine getirilmemesi, maddi bir olgu olarak garanti olayını oluşturmaktadır⁴. Garanti olayı maddi nitelikte olabileceği gibi uygulamada çoğu kez olduğu gibi şekli nitelikte de olabilir. Şekli nitelikte olması hâlinde garanti olayı sözleşmede belirli belgelerin ibrazı veya ibraz dahi olmaksızın ödeme talebinin iletilmesi olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda belgelerin ibrazı hâlinde veya ödeme talebinin iletilmesi hâlinde banka sadece belgelerin ve ödeme talebinin sözleşmeye uygunluğu ile ilgili bir inceleme yapabilecektir. Uygunluğunun tespiti hâlinde ödemeyi gerçekleştirmekle yükümlüdür⁵.

1 Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2* (11. Bası, Beta 2022) 1621; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2* (3. Bası, Evrim 1987) 805, 811-812.

2 Hüseyin Murat Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (On İki Levha 2021) 19-21.

3 Seza Reisoğlu *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (2003) 231; Tandoğan (n 1) 853.

4 Beat Kleiner, Kaspar Landolt and Dominique Gemperli, *Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiesgeschäftes* (5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) § 22, N 7-9; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1632-1633.

5 Friedrich Graf von Westphalen, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014) Kap A, N 12-Kap C, N 176; Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 22, N 10-11; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1633-1634.

Garanti sözleşmesinin teminatı amaçlayan kefalet benzeri, garanti sözleşmesi ile yöneltmeyi amaçlayan, saf, garanti sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Teminatı amaçlayan, kefalet benzeri, garanti sözleşmesi temeldeki borç ilişkisindeki borcun geçerli olarak doğup doğmadığı ve icraya konu edilebilirliğinden bağımsız olarak garanti verenin borçlunun edimini ifa etmemesinden sorumlu olduğu garanti sözleşmesi türüdür. Kefalet sözleşmesinden farkı kefaletin fer'i nitelikte, garanti verenin yükümlülüğünün ise asıl borçtan bütünüyle bağımsız ve asli nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır⁶. Bağımsız olmasının sonucu, garanti lehtarları ile garanti alan arasındaki borç ilişkisinden bağımsız olarak bu borç ilişkisinin varlığına, geçerliliğine, hukuken ileri sürülebilirliğine bağlı olmaması; bu sözleşme bakımından ileri sürülebilecek itiraz ve defilerin garanti sözleşmesi kapsamında ileri sürülebilmesidir⁷. Banka teminat mektupları ödeme talebi hâlinde asıl borçlunun temel ilişkiden kaynaklı yapabileceği savunmalardan feragat kaydını taşımaları şartıyla genellikle bu tür garanti sözleşmesi niteliğindedirler⁸. Kesin olarak sonuca varılamaması, yorumda şüpheye düşülmesi hâlinde kefalet lehine karine olması gerektiği, bununla birlikte uluslararası işlemlerle ilişkili verilen teminatlarda ise bu alanda geçerli ticari teamüle uygun olarak garanti lehine bir nitelendirmenin yapılması gerektiği belirtilmiştir⁹.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin doğrudan veya dolaylı garanti olmak üzere iki alt türü bulunmaktadır. Doğrudan garantide garanti açılması talebinde bulunulan ilk banka, kendi ülkesindeki veya yabancı ülkedeki muhataba garanti vermektedir. Dolaylı garantide ise garanti açılması talebiyle karşılaşan ilk banka, yabancı bir ülkede bulunan bir diğer bankaya başvurarak bu ikinci bankadan çoğunlukla kendi ülkesinde bulunan belirli bir muhataba garanti vermesini ister. Garanti sözleşmesi ikinci banka ile muhatap arasında kurulmaktadır. Bununla birlikte ikinci banka söz konusu garantiyi kendi adına ve ilk banka hesabına olarak vermektedir¹⁰. Muhataba garanti veren yabancı ülkedeki ikinci banka, bu garantiyi ilk banka tarafından düzenlenen ve kendisinin muhatap kılındığı bir karşı garantiye dayanarak vermektedir. İkinci banka muhataba ödeme yapması durumunda kendisine karşı garanti veren bankaya rücu etmektedir¹¹.

Yöneltmeyi amaçlayan, saf, garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmeyi amaçlamakta ve bu nedenle o kişi için doğabilecek zarar tehlikesini kısmen veya tamamen üzerine almayı taahhüt etmektedir. Bu sözleşme, garanti alanın garanti verenle veya üçüncü kişilerle hukuki ilişki kurmasını, değiştirmesini veya ortadan kaldırmasını amaçlar. Bu tür garanti sözleşmesinde bir girişimciye, girişimi neticesi uğrayabileceği zarar veya kazanç kaybı için ya da bir ortaklığa katılan kişiye bunun doğurabileceği olumsuz sonuçlar için teminat verilir. Kâr garantileri, temettü garantileri, tahvil alınması hâlinde anaparaların ve faizlerin vadesinde

6 Emin Cem Kahyaoğlu, *Banka Garantileri* (Beta 1996) 30-31; Ferhat Canpolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin 2009) 73; Reisoğlu (n 3) 35-37.

7 Reisoğlu (n 3) 54.

8 Ayrımda kullanılacak ölçütler için bkz. Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017) 29-39.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Jürgen Dohm, *Bankgarantien im internationalen Handel* (Verlag Stämpfli&Cie AG 1985) N 88-89; Kleiner/Landolt and Gemperli (n 4) § 5, N 63.

10 Dohm (n 9) N 259-283; Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 23, N 3-10.

11 Develioğlu (n 2) 35.

ödeneceğine ilişkin bankalar tarafından verilen garantiler, açığı kapatma garantileri bu tür garanti sözleşmesinin örneklerindedir¹². Yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinden farklı olarak garanti alan ile edimi garanti edilen arasında bir borç ilişkisi yoktur¹³. Gerek doğrudan garanti yapısında garanti lehtarından bankaya verilen karşı garanti gerekse dolaylı garanti yapısında ilk banka tarafından yabancı ülkedeki ikinci bankaya verilen karşı garanti teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi niteliğinde olmayıp garanti veren bankayı garanti vermeye yönelmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmesi niteliğindedirler.

III. GARANTİ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

A. BANKA GARANTİLERİNDE UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA SEÇİLMESİ

Bu başlık altında banka garantilerinde hukuk seçimi sadece garanti sözleşmesinin niteliği gereği önem arz ettiğini düşündüğümüz konularla sınırlı olarak incelenmiştir. Banka garanti sözleşmesi Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda¹⁴ (MÖHUK) özel olarak düzenlenen sözleşme türlerinden birisi olmadığı için uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenmesi ve öncelikle tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığına bakılması gerekmektedir. MÖHUK m. 24/1'de belirtildiği üzere hukuk seçimi açık olarak ya da sözleşme hükümleri veya hâlin şartlarından şüpheye yer vermeyen biçimde anlaşılabilir şekilde yapılabilir. İkinci tür hukuk seçimine "örtülü hukuk seçimi" de denilmektedir. Açık hukuk seçimi, hukuk seçimine ilişkin sözleşme maddesinin ya da hukuk seçimi anlaşmasının lafzından yoruma ihtiyaç duymadan hangi hukukun seçildiği anlaşılabilen hukuk seçimidir¹⁵.

Garanti sözleşmesine uygulanacak hukukun açık olarak seçimi, çoğu kez bankanın genel işlem şartlarının müşteri tarafından kabul edilmesi ve bu şartlar içinde uygulanacak hukuka ilişkin hükmün mevcut olması yoluyla gerçekleşmektedir¹⁶. Bu takdirde iki aşamalı bir inceleme gerçekleştirmek gerekmektedir. İlk aşamada, yapılan hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı hukuku bakımından geçerli olup olmadığı sorgulanacak; ikinci aşamadaysa sözleşme statüsü olarak taraflarca seçilen hukukun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri dikkate alınarak hukuk seçimine ilişkin şartın yürürlük ve içerik denetiminden geçip geçmeyeceğine karar verilecektir¹⁷.

Türk hukukunun seçildiği bir sözleşmede TBK m. 21'de yer alan yürürlük denetimine ve m. 25'te yer alan içerik denetimine dair hükümlere uygun düzenlenmiş genel işlem şartlarında yer alan

12 Tandoğan (n 1) 806-808; Canpolat (n 6) 72.

13 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 4, N 1-5; Tandoğan (n 1) 808-809; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1630-1631.

14 Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

15 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta 2021) 326.

16 Nicholas De Gottrau, "Die Bankgarantie im schweizerischen Recht" innen Graf von Westphalen, Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg) *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014) Kap J, N 73; Dohm (n 9) N 307.

17 Westphalen (n 5) Kap F, N 11.

hukuk seçimi geçerli olacaktır. TBK m. 21/1 uyarınca karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının yürürlüğe girebilmesi için karşı tarafa şartların varlığı hakkında bilgi verilmesi, içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi gerekmektedir. Genel işlem şartlarında yer alan bir hukuk seçiminin karşı tarafın menfaatine aykırı olmasının bu hukukun çok büyük oranda düzenleyen tarafı koruması ve hukuk seçimi yapılmasa söz konusu hukukun uygulanmayacak olması durumunda gerçekleştiği ileri sürülebilir¹⁸. TBK m. 21/1 metninden de anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi verilmesi ve karşı tarafa sunarak içeriğini öğrenme imkânının sağlanması yeterlidir. Karşı tarafın bilfiil içeriğini öğrenmesinin sağlanması gerekli değildir¹⁹. Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarını hazırlayan taraf bu şartlarda hukuk seçimi anlaşmasının bulunduğu bildirmek zorunda dahi değildir.

TBK m. 21/2'de genel işlem şartlarındaki hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte olması durumunda yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Bu durum o sözleşmesel ilişki bakımından sözleşmenin türü, konusu ile bağdaşmayacak; somut olayın özelliklerine, doğasına aykırı hükümlerin olması durumunda gerçekleşir²⁰. Bununla birlikte hukuk seçiminin mümkün olduğu garanti sözleşmesi gibi sözleşmesel ilişkilerde hukuk seçiminin yapılması bu nitelikte olmadığı gibi bilakis tarafların lehine bir tercihtir.

TBK m. 25 genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca dürüstlük kurallarına aykırı olacak derecede karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacaktır. Bu kapsamda sözleşmenin niteliği değerlendirildiğinde önemli ve ölçüsüz derecede sözleşme ilişkisinin dengesini bozacak nitelikteki genel işlem şartları TBK m. 25'e aykırı olacaktır²¹. Örneğin, düzenleyenin herhangi bir meşru menfaatine hizmet etmeksizin karşı tarafın ulaşmasının çok zor olduğu bir hukukun seçimi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır²².

Banka garantilerinde banka tarafından hazırlanan genel işlem şartları içerisinde çoğunlukla güçlü taraf olan bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku seçilmektedir. Banka garanti sözleşmesinde genel işlem şartları temelinde yapılmasa dahi sözleşmenin bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi tutulmasının, bankanın bulunduğu ülkenin ekonomik şartlarına sıkı şekilde bağlı olması, hukuki statüsünün o ülkedeki kanunlardan soyutlanmasının ekonomik ve teknik açıdan zorluğu ve bulunduğu ülkedeki doğrudan uygulanan kurallara tabi olması gibi nedenlerle daha uygun olacağı ve hukuki bütünlüğü de sağlayacağı belirtilmiştir²³.

18 Berk Demirkol, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması" (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1313, 1324.

19 Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Bası, Beta 2001) 86-87.

20 Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014) 100-101; Atamer (n 19) 111.

21 Aydoğdu (n 20) 123.

22 Demirkol, "Genel İşlem Şartlarında..." (n 18) 1340-1341.

23 Hatice Özdemir, "Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları" (1999) 73(7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi 730, 745-746.

Kanaatimizce garanti sözleşmesi her ne kadar ticari sözleşme niteliğinde olsa da genel işlem şartlarında hukuk seçimi yapmak yerine çoğunlukla zayıf durumda olan garanti alanın iradesine de etkinlik tanımak ve onun çıkarlarını da korumak açısından hukuk seçimi müzakereye dayalı olarak yapılmalıdır. Bankanın işyerinin bulunduğu ülke kurallarına uyma yükümlülüğünü sağlamak için diğer sözleşmelerde olduğu gibi doğrudan uygulanan kuralların müdahalesinin yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Garanti sözleşmelerinde uygulamadaki bir diğer husus, kamu tüzel kişilerinin açtığı uluslararası ihalelerde ihale şartnamesinde, banka garantisi bakımından kamu tüzel kişinin tabi olduğu hukuka yönelik “hukuk seçimi” yapılması öngörülmektedir²⁴. Banka garantisine uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçimi bağlamında belirtmek gerekir ki, sözleşmelerin nispiliği ilkesi gereğince, garanti lehtarıyla garanti muhatabı arasındaki temel borç ilişkisinin belirli bir hukuka tabi olması, banka garantisıyla ortaya çıkan teminat ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde önem taşımaz. Aynı durum garanti lehtarı ile banka arasındaki vekâlet ilişkisine uygulanacak hukuk bakımından da geçerlidir. Her üç ilişkide de uygulanacak hukuk birbirinden bağımsız olarak belirlenmelidir. Bu nedenle açık bir hukuk seçimi yapıldığından söz edilebilmesi için, bu hukuk seçiminin doğrudan garanti sözleşmesine ilişkin olarak yapılması gerekir²⁵. Kanaatimizce her ne kadar hukuk seçimine dair ilkeler bakımından durum açıkladığımız gibi olsa da bu sözleşmeler aynı ticari ilişkinin parçaları niteliğinde olduğu için bütün sözleşmeler için aynı hukukun seçilmesi tarafların lehine bir durumdur.

Banka garantilerinde açık hukuk seçimi bakımından değerlendireceğimiz bir diğer husus bankacılık sektöründe yaygın uygulaması olan ve bir devlet dışı organ olan Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından hazırlanan 758 sayılı Garantilere İlişkin Yeknesak Kurallardır²⁶ (*Uniform Rules for Demand Guarantees-URDG 758*). Bu nitelikteki kurallar, ancak sözleşmede yapılacak atıf yoluyla ancak içkinleştirme “*incorporation*” yöntemiyle sözleşme parçası hâline getirilerek uygulanabilirler²⁷. Bu durum URDG m. 1/a’da kuralların ancak garanti sözleşmesinde bu kurallara atıf yapılması hâlinde uygulanabileceği ifadesiyle de belirtilmiştir. Ayrıca kurallar incelendiğinde garanti sözleşmelerine ilişkin bütün hususları kapsamadığı da görülmektedir. Bu nedenle URDG m. 34’te bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiş ve garanti sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe garanti sözleşmesine bankanın iş yerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

İşaret edeceğimiz hususlar nedeniyle banka garantilerinde kısmi hukuk seçimi meselesini de incelemek gerekmektedir. MÖHUK m. 24/2’de tarafların sözleşmenin tümü için bir hukuk seçebilecekleri gibi belirli bir kısmı için hukuk seçebilmelerinin de mümkün olduğu belirtilerek

24 ibid 744.

25 Westphalen (n 5) Kap F, N 6.

26 <https://www.cipcic-bragadin.com/wp-content/uploads/2015/09/ICC-URDG-758.pdf> 10.01.2024; URDG 758 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın Ekinci ve Nihayet Durukanoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)* (Legal 2016) 211 vd.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Akif Karaca, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kuralları”nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3” iç Sibel Özel ve Mustafa Erkan (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler: Uluslararası Konferans 11 Ekim 2018* (On İki Levha 2018) 134-135.

kısmi hukuk seçimine izin verilmiştir. Bununla birlikte kısmi hukuk seçimi sözleşmenin gerek hukuki gerek ekonomik açıdan bölünebilir olan, birbirinden bağımsız bölümleri için yapılabilir²⁸. Kısmi hukuk seçimi her ne kadar teorik açıdan mümkün olsa da sözleşmenin hukuki ve ekonomik açıdan bir bütünlük arz ettiği, bölümler arasındaki irtibat ve sözleşmenin tümüne uygulanacak kavramlar dikkate alındığında kısmi hukuk seçimi yapılması durumunda sözleşmenin ve sözleşmeye uygulanacak hukukun uyumu ve bütünlüğünün bozulması büyük ihtimaldir. Bu nedenlerle kısmi hukuk seçimi tercih edilmemesi gereken bir hukuk seçimi tarzıdır²⁹. Banka garanti sözleşmeleri açısından kısmi hukuk seçimi değerlendirildiğinde banka garanti mektuplarının tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olması nedeniyle kısmi hukuk seçimine rastlanması düşük ihtimaldir³⁰. Kanaatimizce banka garantilerinde uygulamada kural olarak genel işlem şartları içerisinde hukuk seçimi yapılması ve bu şartları hazırlayan bankanın kendi hukukunu tercih edecek olması kısmi hukuk seçiminin yapılmasını çok düşük bir ihtimal hâline getirmektedir.

A. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF BAĞLAMA KURALINA GÖRE BELİRLENMESİ

1. GENEL OLARAK

Banka garanti sözleşmelerinde uygulamada taraflar çoğunlukla hukuk seçimi yapmakta ve uygulanacak hukukun belirlenmesi problemi nadiren ortaya çıkmaktadır³¹. Bununla birlikte tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir. Objektif bağlama kuralını düzenleyen MÖHUK m. 24/4'te hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bizim hukukumuzda en sıkı ilişkili hukuka dair karine belirlenirken MÖHUK m. 24/4'te karakteristik edim teorisinden hareket edilmiş ve karine karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu sıradaki mutad meskeni, konumuzu oluşturan banka garanti sözleşmeleri gibi ticari ve mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun iş yeri, birden fazla iş yeri varsa sözleşme ile en sıkı ilişkili iş yeri, iş yeri bulunmuyorsa yerleşim yeri hukuku olarak belirlenmiştir.

Belirtmek istediğimiz bir diğer husus, banka garantisine uygulanacak hukuk belirlenirken garanti muhatabı ile lehtar arasındaki temel ilişkiye hangi hukukun uygulanacağı önem taşımamaktadır. Bunun sebebinin banka garantisinin bağımsız niteliği olduğu, banka garantisinin esas sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle uygulanacak hukuk açısından da bağımsız değerlendirme yapılmasının gerekmesi olduğu belirtilmektedir³². Kanaatimizce bankaca verilen kişisel teminatın bağımsız olup

28 G. C. Cheshire, Peter North and James J. Fawcett, *Private International Law* (15th edn., OUP 2017) 707; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023) 329.

29 Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (2. Bası, On İki Levha 2023) 419-420.

30 Ali Gümrah Toker, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk" (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 991, 1034.

31 Özdemir, "Banka Teminat Mektupları" (n 23) 743-744.

32 Westphalen (n 5) Kap F, N 5.

olmadığı ele aldığımız konu bakımından önemsizdir. Banka kefalet gibi fer'i nitelikte bir sözleşmeyle teminat verseydi de durum değişmeyecek, temel ilişkiye uygulanacak hukukla kefaletle uygulanacak hukuku birbirinden ayrı olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu ayrı değerlendirmenin sebebi, teminatın bağımsız olup olmaması değil, birden fazla sözleşmenin bulunması ve her bir sözleşmenin “sözleşmelerin nispliği” ilkesi uyarınca farklı taraflar arasında hüküm doğurmasıdır. Aynı şekilde garanti veren banka ile lehtar arasındaki vekâlet ilişkisine uygulanacak hukuk da sözleşmelerin nispliği ilkesi uyarınca ayrı değerlendirilmelidir.

Karakteristik edim bir sözleşmeye vasfını veren, onu diğer sözleşmelerden ayırt eden ve rizikolu olan edimdir³³. Bu doğrultuda sözleşmeye adını veren eylemi gerçekleştiren ve bu nedenle mesleki veya ticari sözleşmelerde o mesleği gerçekleştiren kişinin edimidir³⁴. Bu kişinin faaliyetlerini ilgili ülkenin sosyal, ekonomik hayatında karakterize etmekte, sözleşmeyi parçası olduğu ekonomik ve sosyal çevreye bağlamaktadır³⁵.

Banka garanti sözleşmelerinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmaları, bankanın garanti olayı gerçekleştiğinde ödeme talebini yerine getirme borcuna karşılık muhatabın bir borcunun olmaması nedeniyle, doğal olarak karakteristik edim bankanın edimi olmaktadır. Banka garanti sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmaması durumunda karakteristik edimin bankanın edimi olması nedeniyle sözleşmeye MÖHUK m. 24/4 uyarınca karakteristik edim borçlusunu olan bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Aynı fıkra uyarınca birden fazla iş yeri varsa en sıkı ilişkili iş yerinin esas alınması nedeniyle garanti sözleşmesini düzenleyen banka şubesinin bulunduğu yer hukuku garanti sözleşmesine uygulanacaktır.

MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesinde “Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.” düzenlemesi yer almaktadır. İstisna kuralı olarak da ifade edilen daha sıkı ilişkili hukuk, en sıkı ilişkili hukuka ilişkin karine olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yeri bağlama noktasının karineyi gerçekleştirmemesi durumunda ortaya çıkar. Karinenin gösterdiği hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunduğu karinenin aksi ispat edilmektedir³⁶. Daha sıkı ilişkili hukuk belirlenirken hukuki ilişkinin niteliği, menfaat dengesi ve sözleşme ile ilgili karine harici irtibat noktaları dikkate alınır. Bu irtibat noktalarının karinenin gösterdiği hukuktan bir başka ülke hukukunun uygulanmasını gerektirecek şekilde o ülkede yoğunlaşması, karinenin gösterdiği hukukun

33 Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat 2020) 289; Nomer (n 15) 335.

34 Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021) 389; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat 2014) 251.

35 Ole Lando, “The Conflict of Laws of Contracts: General Principles” (1984) 196 *Recueil des cours* 225, 387; Mario Giuliano and Paul Lagarde, *Council Report on the Convention on the Applicable Law to Contractual Obligations, Official Journal of the European Communities*, (1980) 282.1 20; Çeşitli sözleşme tiplerinde karakteristik edim belirlemelerine ilişkin bkz. Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 29) 427-428.

36 Aslı Bayata-Canyaş, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet 2012) 177.

sözleşmesel ilişkiden izole olması gerekmektedir³⁷. Kanaatimizce banka garantilerinde daha da sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayabilecek irtibat noktalarından en önemlisi olan ifa yerinin de aksine anlaşma yoksa, bankanın iş yerinin bulunduğu ülke olması banka garantilerine uygulanacak hukuk belirlenirken istisna kuralına başvurmayı çok düşük bir ihtimal hâline getirmektedir. Bununla birlikte kanaatimizin aksi bir durum doktrinde sözleşmelerde istisna kuralının uygulanmasına verilen bir örnek olan sözleşme kurulduktan kısa süre sonra iş yerinin değişmesi ve ifanın, bizim konumuz kapsamında bankanın ödeme yapmasının, sözleşme kurulduktan uzun bir süre sonra yapılması hâlinde iş yerinin sözleşme ile bağlantısının kalmaması durumunda ortaya çıkabilir³⁸.

Banka garanti sözleşmesinde garanti veren banka çoğunlukla lehtardan bir karşı garanti almak yoluyla muhataba garanti vermektedir. Karşı garanti ilişkisi, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi niteliğinde olmayıp garanti veren bankayı muhataba garanti vermeye yöneltmeyi amaçlayan, saf, garanti sözleşmesi niteliğindedir. Karşı garanti ilişkisinde karakteristik edim borçlusu bu garantiyi veren lehtar olduğundan dolayı tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, karşı garanti sözleşmesine lehtarın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Karşı garanti sözleşmesinin niteliği ve uygulanacak hukukla ilgili meseleler makalemizin ilerleyen kısmında ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. GARANTİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TEYİT BANKASI VEYA MUHABİR BANKA KULLANILMASININ UYGULANACAK HUKUK BAKIMINDAN ÖZELLİKLERİ

Bir banka tarafından verilen garantinin bir başka banka tarafından teyit edilmesi, mevcut bir borca katılma anlamına gelir. Buna göre teyit bankası, ilk bankanın garantiden kaynaklanan borcuna katılmış olmaktadır. Borca katılmanın özelliği, katılma sonucu ortaya çıkan borca katılanın borcu ile ilk borcun sebebinin aynı olmasıdır. Borca katılan teyit bankası garanti sözleşmesinden doğan borcun müteselsil borçlusu hâline gelmekte ve karakteristik edimi yerine getirmektedir. Bu nedenle ilk bankanın borcuyla katılma yoluyla ortaya çıkan teyit bankasının borcu, uygulanacak hukuk bakımından birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Buna göre ilk bankanın borcu, vermiş olduğu garantiden kaynaklanan ve bu garantinin karakteristik edimini oluşturan bir borç olarak söz konusu bankanın iş yeri hukukuna tabi olacaktır. Buna karşılık teyit bankasının borcu, katılma yoluyla ortaya çıkan diğer bir borç olarak teyit bankasının iş yeri hukukuna tabidir. Zira teyit bankası, kendi adına üstlenmiş sayıldığı garantiden kaynaklanan karakteristik edimi yerine getirecektir³⁹.

Garanti veren bankanın muhatabın ülkesinde muhabir banka kullanması durumunda muhabir banka garanti veren bankanın ifa yardımcısı niteliğindedir. Bu nedenle muhabir bankanın faaliyetlerinden kaynaklı talepler garanti sözleşmesi kapsamında garanti veren bankaya yöneltilecektir. Bu nitelikli

37 Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin 2007) 238.

38 Sibel Özel, "Sözleşmesel İlişkide Möhuk m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi" (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 577, 592.

39 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 27, N 3; Westphalen (n 5) Kap F, N 34.

taleplere ilişkin uygulanacak hukuk da garanti veren bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Garanti veren bankanın, muhatabın ülkesindeki bir başka bankayı muhabir veya teyit bankası olarak kullanması durumunda garanti bankasıyla teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Vekâlet sözleşmesinde de diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi iş görenin edimi, vekilin edimi, karakteristik edimi oluşturmaktadır. Muhabir bankanın veya teyit bankasının vekâlet sözleşmesinden doğan karakteristik edimin borçlusu olması nedeniyle bankalar arası ilişki muhabir bankanın veya teyit bankasının iş yerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tabi olacaktır⁴⁰.

Garanti veren bankanın müşterisi olan lehtar ile teyit bankası arasında sözleşmelerin nispiği ilkesi uyarınca herhangi bir hukuki ilişki yoktur. Bununla birlikte garanti veren banka ile garanti lehtarı arasındaki asıl vekâlet ilişkisindeki müvekkil olan garanti lehtarının garanti bankası ile teyit bankası arasındaki alt vekâlet ilişkisine dayanarak alt vekil olan teyit bankasından doğrudan talepte bulunabilip bulunamayacağı konusu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda uygulanacak hukuk, alt vekâlet ilişkisi kapsamında karakteristik edim borçlusu olan alt vekil konumundaki teyit bankasının iş yerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Alt vekil olan teyit bankasından neler beklenebileceği, bu kapsamda teyit bankasının asıl vekâlet ilişkisindeki vekâlet veren lehtardan gelecek bir doğrudan talebe muhatap olup olamayacağı teyit bankasının iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir⁴¹.

3. DOLAYLI GARANTİ YAPISININ UYGULANACAK HUKUK BAKIMINDAN ÖZELLİKLERİ

a. Genel Olarak

Dolaylı garanti yapısında bazı ayrımlar yapılması gerekmektedir. Dolaylı garanti yapısında, böyle bir garanti açılması talebiyle karşılaşılan ilk banka, yabancı bir ülkede bulunan bir diğer bankaya başvurarak bu ikinci bankadan çoğunlukla bu bankanın ülkesinde bulunan belirli bir muhataba garanti vermesini ister. Garanti sözleşmesi ikinci banka ile muhatap arasında kurulmakla beraber ikinci banka söz konusu garantiyi kendi adına ve ilk banka hesabına olmak üzere verecektir⁴².

Dolaylı garantide garanti veren ikinci banka ile garanti muhatabı çoğunlukla aynı ülkede olmakta ve şahsi veya coğrafi bakımdan yabancılik unsuru bulunmamakla beraber garanti veren bu ikinci banka lehtarın ülkesindeki ilk bankanın verdiği karşı garantiye dayalı olarak garanti olayı gerçekleştiğinde bu ilk bankaya müracaat etme imkânı ile garanti sözleşmesini kendi adına ancak ilk banka hesabına yapmaktadır. Bu durumda sınır aşan kredi ve hizmet transferi olduğu için ikinci banka ile muhatap arasındaki sözleşmede milletlerarası ticaretin yarar alanına giren bir durum bulunmakta,

40 Dohm (n 9) N 315.

41 De Gottrau (n 16) Kap J, N 74.

42 Dohm (n 9) N 259-283; Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 23, N 3-10.

şahsi veya coğrafi unsurlar bakımından yabancılik unsuru bulunmasa dahi sözleşme yabancılik unsurunu taşımaktadır⁴³. Bu duruma doktrinde verilen bir örnek, Türkiye’de milletlerarası bir ihale düzenlenmesi ve bu ihaleye katılacaklardan Türk bankalarından verilmiş teminat mektubu istenmesi durumunda ihaleyi kazanan yabancı firmaya Türk bankasından garanti verilmesinin istenmesidir. Bu garanti ilişkisinde lehtar yabancı bir ülkede bulunmakla beraber garanti sözleşmesinin tarafları olan banka ve muhatap Türkiye’de bulunduğundan şahsi veya coğrafi açıdan yabancılik unsuru bulunmamaktadır. Bu olayda yabancı lehtar lehine, kural olarak yabancı bir bankanın karşı garantisine dayalı olarak Türk bankası bir Türk şirketi veya kurumu ile garanti sözleşmesi yapmaktadır. Bu ilişki milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet etmesi nedeniyle yabancılik unsuruna sahiptir. Bu garanti sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlık Türk mahkemeleri önüne geldiğinde, yabancılik unsuruna sahip olması nedeniyle MÖHUK m. 24 uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekecektir⁴⁴.

Dolaylı garanti uygulamasında kural olarak ikinci bankadan kendi ülkesindeki muhataba garanti vermesi istenilmekle beraber özellikle muhatabın ülkesinde bankacılık sistemine güven duyulmayan hâllerde muhatabın ülkesinden başka ülkedeki bankadan muhataba garanti vermesi talep edilebilecektir. Böylelikle şahsi veya coğrafi açıdan da yabancılik unsuru taşıyan ve uygulanacak hukuk meselesi ortaya çıkan bir dolaylı garanti uygulaması ortaya çıkar. Garanti sözleşmesinin kendi adına ilk banka hesabına hareket eden ikinci banka ile yabancı ülkedeki muhatap arasında kurulması nedeniyle ikinci banka tarafından verilen garantiye karakteristik edim borçlusu olan bu bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Garanti veren bankanın iş yeri hukukuna bağlanmak yabancı ülkedeki muhatap açısından kuşku doğuruyorsa başvurulacak yol hukuk seçimine gidilmesidir. Böyle bir hukuk seçimi yoluyla garanti ilişkisinin ikinci bankanın iş yeri hukukuna değil, muhatabın ülkesinin veya üçüncü bir ülkenin hukukuna tabi kılınması gerçekleştirilebilir⁴⁵.

b. Bankalar Arası İlişkiye Uygulanacak Hukuk

Garanti verilmesi için lehtar tarafından kendisine başvuru alan ilk banka ile bu bankanın muhataba garanti vermesi için başvurduğu ikinci banka arasındaki ilişki, bunlardan birinin diğerinin dolaylı temsilcisi olarak iş göreceği bir vekâlet ilişkisidir. Bu ilişkiden doğan karakteristik edimi yerine getirecek olan, kendi adına ve ilk banka hesabına garanti vererek koşulları gerçekleşince bu garantiyi paraya çevirecek olan ikinci bankadır. İkinci bankanın gerek garanti vermesi gerekse bu garantiden kaynaklanan ödeme talebini yerine getirmesi, ilk bankaya karşı üstlendiği iş görme borcunu oluşturmaktadır. İki banka arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu ve vekâlet sözleşmesinden doğan karakteristik edimin vekilin edimi olduğu dikkate alındığında, bankalar arası ilişkiye vekil konumundaki ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır⁴⁶.

43 Milletlerarası ticaretin yarar alanına girme ve yabancılik unsuru ilişkisi için bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019) 9.

44 Vahit Doğan, *Teminat Mektupları* (6. Bası, Savaş 2020) 201-202.

45 Westphalen (n 5) Kap F, N 29.

46 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 27, N 4; Dohm (n 9) N 318; De Gottrau (n 16) Kap J, N 75.

İkinci bankanın iş yeri hukukunun uygulanmasıyla ilk bankanın çıkarının yeterince gözetilmiş olmayacağı yönünde bir kaygıya yer yoktur. İkinci bankanın vekil sıfatıyla gider yapması, bu bankanın kendi adına vermiş olduğu garantinin paraya çevrilmesinden kaynaklanacaktır. Bu bakımdan garantinin paraya çevrilmesi koşullarını belirleyen garanti sözleşmesine uygulanan hukuk düzeninin, aynı zamanda ilk bankayla ikinci banka arasındaki vekâlet ilişkisi bakımından da uygulanacağı ve ikinci bankanın garantiyi paraya çevirmekle yaptığı giderin vekâlet ilişkisi bakımından “borca uygun” yapılmış bir gider sayılmasını belirleyeceği açıktır. Bu nedenle garantinin paraya çevrilmesini belirleyen hukuk düzeniyle vekilin gider talebini ileri sürme koşullarını belirleyen hukuk düzeninin ayrıştırılmaması doğaldır. Öte yandan ilk banka, ikinci banka tarafından yapılan gideri karşıladıktan sonra kendi ülkesinde yerleşik müşterisi olan garanti lehtarına onunla arasındaki vekâlet ilişkisine dayanarak rücu edebilecek ve yaptığı gider kendi üzerinde kalmayacaktır. İlk bankanın müşterisine rücu ederken dayanacağı vekâlet ilişkisi, bu bankanın iş yeri hukukuna tabi olacağı için bu hukukun verilerinden haberdar olması ve bunları gözetmesi beklenebilecek olan ilk bankanın çıkarı yeterli ölçüde gözetilmiş olur⁴⁷.

Buna karşılık iki banka arasında çoğunlukla ayrıca bir garanti ilişkisi mevcut olmaktadır. Vekâlet veren konumundaki ilk banka ikinci bankaya bir karşı garanti, diğer adıyla rücu garantisi vermiş olabilir. Karşı garantiye uygulanacak hukuk konusu doktrinde tartışmalara yol açmıştır:

Doktrindeki bir görüş⁴⁸, iki banka arasındaki ilişkinin vekâlet ve karşı garanti olarak ayrıştırılmasının ve farklı hukuklara tabi olmasının tahammülü güç bir karışıklık yaratacağını ve bu durumun hukukun sadelik ve yalınlık sağlama ihtiyacına ters düşeceğini, bankalar arası ilişkinin yeknesak bir bağlama kuralı ile düzenlenmesini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre ilk bankanın ikinci bankaya verdiği karşı garanti, gerçek anlamda bir garanti değildir. Karşı garanti yoluyla ikinci bankanın ilk bankaya karşı sahip olduğu gider alacağı için ayrı bir talep temeli yaratılmış olur. İkinci banka ilk bankanın vekili sıfatıyla elde ettiği gider alacağını vekâlet sözleşmesi kapsamında ileri sürmek yerine, ilk bankanın verdiği karşı garantiden kaynaklanan talebi ileri sürme olanağına kavuşmuş olur. Vekâlet sözleşmesi uyarınca gideri talep etseydi uygulanacak hukukun da bu yönde olması durumunda özenle hareket ettiğini kanıtlamak zorunda olurdu. İkinci banka, karşı garanti verilmiş olması durumunda özenle hareket ettiğini ispat zorunda olmadan giderleri talep edebilmektedir. Bu nedenle vekilin gider talebinin ayrı bir talep temeli yaratacak tarzda biçimlendirilmesinden başka bir nitelik taşımayan karşı garantinin, vekâlet ilişkisinin yanında ayrı bir ilişki olarak tasarlanması ve ayrı bir bağlama kuralına tabi tutulması gereksizdir. Bu görüş uyarınca ilk banka ile ikinci banka arasındaki yegâne hukuki ilişki vekâlet ilişkisi olup bu ilişkinin tabi olacağı hukukun saptanmasıyla yetinilmelidir. Bu görüşe göre vekil konumundaki ikinci banka ister vekâlet ilişkisinden kaynaklanan gider talebini ileri sürsün isterse karşı garantiye dayanarak talepte bulunsun uygulanacak hukuk vekil sıfatıyla karakteristik edimi yerine getiren ikinci bankanın iş yeri hukukudur. Kişisel teminatların en başta gelen özelliği başkasının borcuna ilişkin olmasıdır. Kişi kendi borcu için kefil olamayacağı gibi garanti de veremez.

47 Westphalen (n 5) Kap F, N 32.

48 Jens Nielsen, *Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften* (Köln Bank-Verl 1986) 97-98.

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş⁴⁹ uyarınca karşı garanti ilişkisi gerçek anlamıyla bir garanti ilişkisi niteliğindedir. Karşı garanti, kefalet benzeri bir garanti olmayıp yöneltmeyi amaçlayan bir saf garanti olarak nitelenmelidir. Karşı garantiyle teminat altına alınan risk, ikinci bankanın vekil sıfatıyla üstlendiği garantinin paraya çevrilmesidir. Bu risk gerçekleşir gerçekleşmez ikinci banka karşı garantiye başvurabilecektir. Şu hâlde dolaylı garantilerde uygulanacak hukukun belirlenmesinde karşı garantinin niteliğine dair değerlendirme belirleyici olacaktır. Karşı garanti gerçek anlamıyla bir garanti olarak görülmeyp vekilin ücret talebinin yeniden ve bağımsız bir talep temeli yaratacak tarzda biçimlendirilmesinden ibaret görülürse gerek bankalar arası vekâlet ilişkisinden gerekse karşı garantiden kaynaklanan uyuşmazlıklar, vekâlet ilişkisine uygulanacak hukuka yani vekil sıfatıyla hareket eden ikinci bankanın yerleşik olduğu yer hukukuna göre çözülecektir. Karşı garantinin gerçek bir garanti niteliğinde olduğu kabul edildiğinde, bankalar arası vekâlet ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar, ikinci bankanın iş yerinin olduğu yer hukukuna tabi tutulurken karşı garantiden kaynaklanan uyuşmazlıklar ilk bankanın iş yerinin olduğu yer hukukuna göre çözülecektir.

Kanaatimizce ilk bankanın ikinci bankaya verdiği karşı garantinin gerçek bir garanti niteliğinde olmasının önemli bir delili saf garantilerin en önemli özelliklerinden yöneltme amacını taşıması ve bu tür garanti sözleşmesinin tarafları arasında henüz bir borç ilişkisinin bulunmamasıdır. Karşı garantide ilk banka garanti alan ikinci bankayı muhataba garanti vermeye yöneltme amacını taşımakta ayrıca iki banka arasında henüz bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Bunlara ek olarak ilk banka tarafından ikinci bankaya verilen karşı garantide doktrindeki diğer görüşün aksine karşı garanti veren banka kendi borcu için teminat vermemekte, teminat altına alınan risk ikinci bankanın verdiği garantideki garanti olayının gerçekleşmesi sonucu bankanın ödeme yapması olmaktadır.

Garanti veren konumundaki ikinci bankanın iş yeri hukuku esas alınarak bu garantinin paraya çevrilmesi talebinin haklılığı veya hakkın kötüye kullanılması sayılmasına ilişkin belirlemeler, bankalar arası ilişki bakımından bir diğer açıdan önem taşır. İlk bankayla ikinci banka arasındaki vekâlet ilişkisinde, bu ilişkinin tabi olduğu hukuk uyarınca vekilin gider talebinde bulunmasının koşulları belirlenecektir. Bu koşullar arasında vekilin özen yükümünü yerine getirmesi yer almaktaysa bu yükümün yerine getirilip getirilmediğinin saptanmasında garanti ilişkisinin tabi olduğu hukukun ödeme yükümünün koşullarıyla ilgili verilerini dikkate almak gerekecektir. İkinci bankanın ilk bankanın vekili sıfatıyla özenli hareket etmiş sayılabilmesi için garantiden kaynaklanan ödeme yükümünü bizzat bu garantinin ve garantinin tabi olduğu hukukun koşulları uyarınca yerine getirmiş sayılması gerekir. Öte yandan ilk bankanın ikinci bankaya bir karşı garanti verdiği olasılıkta, karşı garantiye dayanan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı, asıl garantinin paraya çevrilmesi talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı sorunundan bağımsız olarak düşünülemez. Bu ikinci sorun bakımından, asıl garantinin tabi olduğu hukukun verileri önem taşımaktadır. Buna göre karşı garantiye dayanan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılmasının ne gibi durumlarda söz konusu olacağı, karşı garantiyi veren ilk bankanın yerleşik olduğu yer hukukuna göre cevap bulacaktır. Bununla birlikte bu hukuk düzeni sorunun çözümünde ikinci banka tarafından verilen asıl garantiye dayanan ödeme talebinin hakkın kötüye

49 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 27, N 4.

kullanılması sayılmasına değer atfediyorsa bu sefer de asıl garantiyi veren ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu yer hukukuna göre bu ikinci bankanın hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle ödeme talebini reddetmesi gerekirken bunu yapmayıp karşı garantiden amaca aykırı bir tarzda yararlanıp yararlanmadığı incelenecaktır⁵⁰.

IV. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN İSTİSNAİ DURUMLAR

A. GARANTİ SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

MÖHUK m. 5'te belirtildiği üzere kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen yabancı hukukun hükümlerinin uyumsuzluğa uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturması durumunda bu hükümler yerine, kamu düzeni müdahalesi sonucu gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanacaktır. Gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır ifadesiyle kast edilen, yabancı hukuktaki kamu düzenine aykırılık oluşturan hüküm yerine uygulanması mümkün başka bir hüküm mevcutsa mesele yine yabancı hukuka göre çözümlenecektir. Kamu düzeninin genel bir tanımını yapmak oldukça güç olmakla birlikte⁵¹ kamu düzeninin içeriği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı'nda (YİBGKK) şu şekilde belirlenmiştir:

“...kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.”⁵²

YİBGKK'da belirtildiği üzere “milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine” aykırılık kamu düzenine aykırılık niteliğindedir. Medeni hukuk ve borçlar hukuku alanındaki temel prensiplere, örneğin ahde vefa kuralına, irade sakatlığına ilişkin kurallara veya dürüstlük kuralına aykırı yabancı hukuk hükümleri kamu düzenine aykırılık oluşturacaktır⁵³.

Medeni Kanun'un başlangıç hükümlerinde yer alan m. 2/2'de “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bir hakkın tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılmaması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaktadır ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır⁵⁴. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın kendi şartlarına göre belirlenecek olmakla birlikte somut olayda hakkın kötüye kullanılmasına işaret edebilecek

50 ibid § 27, N 5.

51 Kamu düzeni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 29) 120 vd.

52 YİBGKK T 10.02.2012, 2010/1 E, 2012/1 K, RG 20.09.2012-28417.

53 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 29) 128.

54 M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023) 254.

belirli temel kriterler mevcuttur. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması, hakkın kullanımının hak sahibine sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık bulunması, hak sahibinin ahlaka aykırı davranışına dayanarak hakkını kullanması, hak sahibinin uyandırdığı güvene aykırı davranışta bulunması başlıca kriterleri oluşturmaktadır⁵⁵.

Konumuz olan garanti sözleşmeleri bakımından kamu düzeni müdahalesi incelendiğinde gerek doğrudan garantilerde garanti veren bankanın gerekse dolaylı garanti yapısındaki ikinci bankanın verdiği asıl garantinin tabi olduğu hukuk, bu garantiye dayalı ödeme talebinin hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle reddi olanağını tanımıyorsa kamu düzeninin müdahale edeceği tipik bir durum ortaya çıkmaktadır. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı düşecek tarzda kullanılmasına kayıtsız kalan bir hukuk düzeni, bu açıdan kamu düzeniyle çelişik bir durumdur denilebilir. Hakların dürüstlük kuralı uyarınca kullanılmasına ilişkin titizlik gösterilmesi, her çağdaş hukuk düzeninden beklenebilecek bir tutumdur. Böyle bir tutum takınmayan hukuk düzeninin ilgili hükümleri kamu düzeni müdahalesiyle uygulanmamalıdır.

Gerek doğrudan banka garantilerinde gerekse dolaylı banka garantilerinde ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturabilecek durumlar mevcuttur. Örneğin riskin gerçekleşmesine bizzat garanti muhatabı sebep olmuşsa ve buna rağmen ödeme talebinde bulunuyorsa bu talep hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Nitekim TBK m. 175/2'nin "tarafardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa koşul gerçekleşmemiş sayılır" diyen düzenlemesi de zikrettiğimiz olasılıkta bankanın ödeme talebini reddedebileceğini gösterir. Bu durumda garanti sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan bir savunma sebebi mevcuttur. Temel ilişki uyarınca yerine getirilmesi gereken bir edimin bulunmadığı hususunda, bu temel ilişkinin tarafları arasında bir mutabakat mevcut olmasına rağmen bankadan ödeme talep edilmesi, bir diğer hakkın kötüye kullanılması örneğidir. Örneğin temel borç ilişkisinin ikale yoluyla ortadan kaldırıldığı veya temel ilişkiden garanti lehtarları için doğan borçların ibra edilmiş olduğu durumlarda, garanti muhatabının bankaya yaptığı ödeme talebi, hakkın kötüye kullanıldığı itirazıyla geri çevrilebilir. Bir diğer olasılık olarak garanti muhatabının, temel ilişkinin karşı tarafından, garanti lehtarından bu temel ilişki uyarınca yerine getirmesi gereken edimi talep edebilmesi için öncelikle kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken yükümler olabilir. Garanti muhatabı, bu yükümleri yerine getirmediği hâlde temel ilişkiden doğan edimin yerine getirilmediği gerekçesiyle bankadan ödeme talebinde bulunursa hakkını kötüye kullanmış sayılır. Garanti alanın, temel ilişkiden doğan edimin yerine getirilmesi için bu ilişkinin karşı tarafına, garanti lehtarına süre vermesine rağmen ödeme talebinde bulunması, hakkın kötüye kullanılmasının bir diğer örneğidir. Temel ilişkiden doğan edimin TBK m. 27 uyarınca hukuka veya ahlaka aykırı ve bu nedenle açıkça dava edilemez olması durumunda, garanti verene yapılan ödeme talebi hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelir. Temel ilişkideki edimin kendi kusuruyla imkânsızlaşmasına yol açan garanti muhatabı, garanti verenden ödeme talep etmekle yine hakkını kötüye kullanmış olur. Muhatabın temel ilişkinin karşı tarafına takas beyanında bulunmasına rağmen bankadan ödeme talep etmesi ya da temel ilişkinin karşı tarafına açtığı davanın

55 ibid 260 vd.

reddedilmesine ilişkin kararın kesinleşmesine rağmen bankadan ödeme talep eden muhatabın durumu, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturmasının tipik örnekleridir⁵⁶.

Kanaatimizce ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu gerekçesiyle kamu düzenine aykırılık incelemesi yapılırken dikkate alınması gereken çok önemli bir husus bulunmaktadır. Bu husus gerek milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni müdahalesinin gerekse dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle hakkın kötüye kullanılması savunmasının istisnai niteliğidir. Bu doğrultuda yabancı hukukta hakkın kötüye kullanılması savunması yapma imkânı yoksa ancak meseleye çözüm sağlayan başka bir kural varsa kamu düzeni müdahalesi yerine bu kural uygulanmalıdır. Benzer şekilde kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşmesi hâlinde de mahkeme ülkesinin hukuku uyarınca hakkın kötüye kullanılması savunması yapılabilmesi için mahkeme ülkesi hukukunun diğer kurallarında meseleye çözüm sağlayan bir düzenlemenin olmaması gerekir.

B. GARANTİ SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ

Doğrudan uygulanan kurallar hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk hangi hukuk olursa olsun devlet menfaatinin gereği olarak uyuşmazlığa uygulanan hukuk kurallarıdır⁵⁷. Doğrudan uygulanan kurallar devletin ekonomik, sosyal, siyasal alandaki bazı politikalarını gerçekleştirmek için bu politikaları özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili hâle getiren kurallardır. Uygulama alanına giren bütün uyuşmazlıklarda konuluş amaçlarının gereği zorunlu olarak uygulanırlar⁵⁸. Konumuz bakımından doğrudan uygulanan kural türlerinden kambiyo rejimine ilişkin kuralların parçası olan Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu⁵⁹ (TPKK) ve bu Kanun kapsamında çıkarılan 32 sayılı Karar⁶⁰ ve buna ilişkin tebliğler özel önem arz etmektedir.

Uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 6'da belirtildiği üzere uygulama alanına giren her durumda uygulanacaklardır. Bununla birlikte MÖHUK m. 31'de belirtildiği üzere sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması, bu kuralların uygulanması da mümkündür. Maddede bu kurallara etki tanımaya, uygulayıp uygulamamaya karar verirken kuralların amacının, niteliğinin, içeriğinin ve uygulanmasının sonuçlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma sebebi, uluslararası nitelikli sözleşmelerin başta ifa yeri ülkesi olmak üzere sözleşmenin karşı tarafının yerleşim yerinin, mutad meskeninin bulunduğu veya sözleşme konusu malların bulunduğu ülke gibi başka ülkelerle de

56 Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hâllerle ilgili olarak bkz. Reisoğlu (n 3) 294 vd., Canpolat (n 6) 220 vd.; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1634 vd.

57 Özel/Erkan/Pürselim ve Karaca (n 29) 131-132.

58 Hatice Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 12-13.

59 Kanun Numarası: 1567, Kabul Tarihi: 20.02.1930, RG 25.02.1930/1433.

60 RG 11.08.1989-20249.

ilişkili olmalarıdır⁶¹. Bu ülkelerdeki doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaması ifa engeli oluşturabileceği gibi o ülkenin temel hukuk politikalarına aykırılık oluşabileceğinden verilen kararın o ülkede tenfiz engeliyle karşılaşmasına sebep olabilir. Bu hâlde tarafın da korunmaya değer yararı bulunmaktadır⁶². Objektif kurala göre garanti sözleşmesine garanti veren bankanın iş yeri hukuku uygulanmakla birlikte tarafların başka bir ülke hukukunu seçmiş olmaları durumunda aynı zamanda ifa yeri hukuku olan ve sözleşmeyle sıkı ilişkili olan garanti veren bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak gerekecektir.

Banka garantilerine ilişkin Türk mahkemelerindeki yargulamalarda uygulanacak olan doğrudan uygulanan kurallardan 32 sayılı Kararın 3. maddesinde Türk parasıyla ödemeyi sağlayan belgelerin yurt içinden ihracı ve yurt içine ithalinin serbest olduğu, dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye'de Türk parası ile ödeme, tahsilat ve tevdiatta bulunmalarının serbest olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca yurt dışındaki bir bankanın Türkiye'deki muhataba, Türkiye'deki bir bankanın da yurt dışındaki muhataba Türk lirası üzerinden banka teminat mektubu düzenlemesi mümkündür.

32 Sayılı Kararın gayri nakdi krediler, garanti ve kefaletler başlıklı 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Türkiye'de yerleşik kişilerin yurt dışından garanti sağlamalarının mümkün olduğu ve ayrıca gerek Türkiye'de gerekse yurt dışında yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik muhataplara teminat mektubu düzenlenmesinin, garanti verilmesinin serbest olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca Türkiye'de yerleşik kişiler lehine veya bu kişiler muhatap olacak şekilde yurt dışındaki bankalardan garanti sağlanması mümkün olduğu gibi, Türkiye'deki bankaların Türkiye'deki veya yurt dışındaki lehtar lehine yurt dışındaki muhataplar ile banka garanti sözleşmesi yapmaları mümkündür. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca bankaların dışarıdaki lehtar lehine Türkiye'deki muhataba döviz üzerinden teminat mektubu vermeleri mümkün olduğu gibi Türkiye'de açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak Türkiye'deki lehtar lehine Türkiye'deki muhataba da döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri, garanti vermeleri mümkün olmaktadır. Bu düzenlemeden lehtarın da muhatabın da Türkiye'de olması durumunda döviz üzerinden teminat mektubu verilmesinin ancak Türkiye'de açılacak uluslararası ihalelerle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca bankaların düzenledikleri teminat mektupları ve verdikleri garantilerle ilgili olarak yurt dışındaki muhataba ödeme yapmaları durumunda transfer tarihinden itibaren 30 gün içinde bakanlığa bilgi vermeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Banka garantileri ile ilgili doğrudan uygulanan kural niteliğindeki bir diğer düzenleme 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁶³'nun teminat mektupları başlıklı 27. maddesinde yer almaktadır. Maddede Kanun kapsamındaki işler için verilecek geçici, kesin veya avans teminat mektuplarının miktar, kapsam ve şeklini tespit etmek konusunda Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bu düzenlemelere aykırı teminat mektupları kabul edilmeyecektir.

61 Mustafa Erkan, "MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış" (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 106.

62 Hatice Özdemir-Kocasakal, "Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" (2010) 30(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 27, 86; Nomer (n 15) 346.

63 Kanun Numarası: 2886, Kabul Tarihi: 08.09.1983, RG 10.09.1983/18161.

V. SONUÇ

Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Sözleşmede belirlenen şekli veya maddi garanti olayının gerçekleşmesi hâlinde, garanti muhatabının ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması hâllerinden birisini oluşturmaması şartıyla garanti veren banka muhataba ödeme yapmakla yükümlüdür.

Banka garantilerinde hukuk seçimi, uygulamada çoğunlukla genel işlem şartlarında yer alan bir hükümle yapılmaktadır. Bu durumda taraflar MÖHUK m. 24'teki koşullara tabi olarak hukuk seçimi yapabilirler. Hukuk seçimi anlaşmasının maddi bakımdan geçerliliği de seçilen hukuka tabi olacaktır. Genel işlem şartlarında yapılan hukuk seçimi seçilen hukukun yürürlük ve içerik denetimine ilişkin hükümlerine uygun olarak yapılmalıdır. Genel işlem şartlarında bütünüyle kabul veya ret esası geçerli olduğundan ve bu şartlar banka tarafından hazırlandığından kural olarak bankanın istediği hukukun seçilmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Genel işlem şartlarında çoğunlukla bankanın hukuku seçilmekle birlikte hukuk seçimi böyle bir temelde yapılmasa dahi, bankanın faaliyetlerinin iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olması, oranın ekonomik şartları ile sıkı şekilde bağlı olması ve bankacılık uygulaması bakımından bulunduğu yer doğrudan uygulanan kurallarının önemi nedeniyle bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukunun seçilmesi bütünlük sağlayabilecektir. Bununla birlikte kanaatimizce garanti sözleşmesi ticari sözleşme niteliğinde olmakla birlikte çoğunlukla zayıf durumda olan garanti alanın iradesine de etkinlik tanınmalı ve onun çıkarlarını da korumak açısından müzakereye dayalı hukuk seçimi yapılmalıdır. Bankanın iş yerinin bulunduğu yer kurallarına uyma yükümlülüğünün doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi ile sağlanabileceği kanaatindeyiz.

Her ne kadar kısmi hukuk seçimi mümkünse de banka garantileri bakımından değerlendirildiğinde bu sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması ve kanaatimizce büyük çoğunlukla genel işlem şartları içerisinde hukuk seçimi yapılması neticesi bankanın kendi ülkesinin kurallarını tercih edecek olması nedeniyle kısmi hukuk seçimine yer verilmesi olasılığı oldukça düşüktür.

Sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince garanti lehtarları ile muhatap arasındaki temel ilişkideki hukuk seçimi veya garanti lehtarları ile banka arasındaki vekâlet ilişkisindeki hukuk seçimi banka garantileri için bir etki doğurmasa dahi bu sözleşmeler aynı ticari ilişkinin parçaları niteliğinde olduğu için bütün sözleşmeler için aynı hukukun seçilmesi tarafların lehine bir durumdur.

Devlet mahkemelerindeki yargılamalarda ancak bir devlet hukukunun seçilmesi mümkündür. Banka garantilerinde yaygın uygulaması olan MTO'nun 758 sayılı Garantilere İlişkin Yeknesak Kuralları, ancak içkinleştirme "*incorporation*" yöntemiyle sözleşme parçası hâline getirilebilirler. Garanti sözleşmesinin tabi olduğu hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla sözleşme hükmü olarak uygulanabilirler.

Banka garanti sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmayan hâllerde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24/4'te yer alan objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir. Bu fıkrada belirtilen karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukuku karinesinden hareket edildiğinde banka garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olması nedeniyle karakteristik edim, doğal olarak

garanti olayı gerçekleştiğinde ödeme talebini yerine getirmekle yükümlü olan bankanın edimidir. Bu nedenle objektif kurala göre banka garanti sözleşmesine bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Garanti sözleşmelerinde daha da sıkı ilişkili hukukun olması hâlinde bu hukukun uygulanmasını gerektiren istisna kuralının uygulanma ihtimalinin çok düşük olduğu kanaatindeyiz. Bunun nedeni daha da sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayabilecek irtibat noktalarından en önemlisi olan ifa yerinin kural olarak bankanın iş yeri olmasıdır.

Garanti sözleşmesinde teyit bankası kullanılması hâlinde, teyit bankası borca katılmakta, garanti sözleşmesinden doğan borcun müteselsil borçlusu hâline gelmekte ve gerektiğinde kendi adına üstlendiği garantiden kaynaklı karakteristik edimi yerine getirmektedir. Teyit bankasının borcu bu bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Garanti veren banka, muhatabın ülkesinde muhabir banka kullanırsa muhabir banka garanti veren bankanın ifa yardımcısı niteliğinde olduğu için bu bankanın işlemlerinden kaynaklı talepler de garanti sözleşmesi kapsamında garanti veren bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Garanti veren banka ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olması ve karakteristik edimin teyit bankası veya muhabir bankanın edimi olması nedeniyle bankalar arası ilişkiye bu bankaların iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

Dolaylı garanti yapısında garanti veren ikinci banka ilk bankanın dolaylı temsilcisi olarak iş görmektedir, garanti vermektedir. Dolaylı garantide ikinci banka ilk banka hesabına da olsa kendi adına garanti vermektedir. Bu garanti sözleşmesinde de uygulanacak hukuk ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Dolaylı garantide bankalar arası ilişki vekâlet ilişkisidir. Bu nedenle bankalar arası ilişkiye vekil konumundaki ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Böylelikle garanti sözleşmesi ile bankalar arasındaki vekâlet ilişkisinin her ikisi de ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Bu durumun sonucu olarak garantinin paraya çevrilmesinin şartları ile ikinci bankanın vekâlet ilişkisi kapsamında yaptığı giderin borca uygun yapılmış olup olmadığını aynı hukuk düzeni belirleyecektir. Aynı şekilde vekâlet sözleşmesi kapsamında vekilin özen yükümlülüğünü yerine getirmesi ile bu yükümlülüğün bağlı olduğu garanti sözleşmesinde yer alan ödeme koşulları da aynı hukuka tabi tutulacaktır.

Dolaylı garanti yapısında ikinci banka çoğunlukla ilk bankanın verdiği bir karşı garantiye dayalı olarak muhataba kendi adına ilk banka hesabına garanti vermektedir. Karşı garanti kefalet benzeri şahsi teminat sağlayan garanti niteliğinde olmayıp ikinci bankayı garanti vermeye yönelmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmesi niteliindedir. Karşı garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk bu ilişki kapsamında garanti veren ilk bankanın iş yerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. İlk bankanın ikinci bankaya verdiği karşı garantinin vekâlet ilişkisi kapsamında alternatif bir talep temeli mi yarattığı yoksa gerçek bir garanti mi oluşturduğu konusundaki kanaatimiz gerçek bir garanti oluşturduğudur. Bunun nedenleri, saf garantilerin en önemli özelliklerinden yöneltme amacını taşıması, bankalar arasında henüz bir borç ilişkisinin bulunmaması ve ilk bankanın kendi borcu

için teminat niteliğinde olmayıp ikinci bankanın verdiği garantideki garanti olayının gerçekleşmesi sonucu bu bankanın ödeme yapması riskinin teminatını oluşturmasıdır.

Hukukun genel prensiplerinden ve Türk hukukunun temel ilkelerinden olan iyiniyet ve dürüstlük kuralları ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeni kavramının kapsamında yer almaktadır. Bu doğrultuda garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk, ilgili başlık altında ayrıntılı örnekleriyle açıkladığımız hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleşmesine rağmen muhatabın ödeme talebini ret imkânı tanımıyorsa dürüstlük kuralına ve bu bağlamda kamu düzenine aykırılık oluşacaktır. Bu durumda yabancı hukuk yerine Türk hukuku uygulanacak ve Türk hukukunda garanti sözleşmelerinde ödeme talebine ilişkin hakkın kötüye kullanılması hâlleri kapsamında mesele değerlendirilecektir. Kanaatimizce değerlendirme yapılırken gerek kamu düzeni müdahalesinin gerekse dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle hakkın kötüye kullanılması savunması yapılabilmesinin istisnai niteliklerine önem verilmesi gerekmektedir.

Garanti sözleşmesi bağlamında mahkeme ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları, kapsamlarına giren konularda her hâlde uygulama alanı bulacaktır. Türk mahkemelerindeki yargılamalarda TPKKHK, bu Kanuna ilişkin 32 sayılı Karar ve ilgili tebliğler ile Devlet İhale Kanunundaki teminat mektuplarına ilişkin doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Mahkeme ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarına ek olarak sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınması, uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu doğrultuda tarafların başka bir ülkenin hukukunu seçmeleri durumunda aynı zamanda ifa yeri ülkesi olan bankanın iş yerinin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması gerekebilir.

KAYNAKÇA

- Atamer YM, *Sözleşme Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Bası, Beta 2001).
- Aydoğdu M, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014).
- Bayata-Canyaş A, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet 2012).
- Canpolat F, *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin 2009).
- Cheshire GC, North P and Fawcett JJ, *Private International Law* (15th edn, OUP 2017).
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021).
- De Gottrau N, “Die Bankgarantie im schweizerischen Recht” innen Graf von Westphalen, Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg) *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014).
- Demirkol B, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması” (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1313-1350.
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat 2014).
- Develioğlu HM, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (On İki Levha 2021).

- Doğan V, *Teminat Mektupları* (6. Bası, Savaş 2020).
- Dohm J, *Bankgarantien im internationalen Handel* (Verlag Stämpfli&Cie AG 1985).
- Ekinci A ve Durukanoğlu N, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)* (Legal 2016).
- Erkan M, “MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış” (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-121.
- Giuliano M and Lagarde P, *Council Report on the Convention on the Applicable Law to Contractual Obligations, Official Journal of the European Communities*, (1980) 282.1.
- Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin 2007).
- Kahyaoglu EC, *Banka Garantileri* (Beta 1996).
- Karaca HA, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kuralları”nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3” in Sibel Özel, Mustafa Erkan (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler: Uluslararası Konferans 11 Ekim 2018 (On İki Levha 2018)* 113-137.
- Kleiner B, Landolt K and Gemperli D, *Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes* (5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Lando O, “The Conflict of Laws of Contracts: General Principles” (1984) 196 Recueil des cours 225.
- Nielsen J, *Bankgarantien bei Aussenhandelsgechäften* (Köln Bank-Verl 1986).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta 2021).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023)
- Özdemir-Kocasakal H, “Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları” (2010) 30(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 27-62.
- Özdemir-Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Özdemir H, “Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları” (1999) 73(7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi 730-761.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Bası, On İki Levha 2023).
- Özel S, “Sözleşmesel İlişkide Möhuk m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi” (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 577-618.
- Özen B, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017).
- Reisoğlu S, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (2003).
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2* (3. Bası, Evrim 1987).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat 2020).
- Toker AG, “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk” (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 991-1052.
- Westphalen GF, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2* (11. Bası, Beta 2022).

Ferdi Kaza Sigortasında Daimi Maluliyet Teminatına İlişkin Sigorta Bedeli Alacaklarında Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı

Beginning of Statute of Limitations in Receivables Related to Insurance Amount Regarding Permanent Disability Coverage in Personal Accident Insurance

Damla KÜÇÜK* 

ÖZ

Ferdi kaza sigortası ile sağlanan teminatlardan birisi de daimi maluliyet teminatıdır. Bu teminatta kaza neticesinde daimi olarak malul kalan sigortalıya, önceden kararlaştırılmış olan sigorta bedelinin ödenmesi söz konusudur. Ancak sigortalının maluliyetinin daimi olup olmadığı, genellikle kaza tarihinden sonra ortaya çıkmaktadır. Kaza ve maluliyet arasındaki bu zaman farklılığı, bu teminata dayanarak açılan sigorta bedeline ilişkin alacak davalarında, mahkemelerin çelişkiye düşmesine yol açmaktadır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1420. maddesinde sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar iki ve altı yıllık, farklı iki zamanaşımı süresine tabi tutulmuş ve her iki sürenin de esasen riskin gerçekleştiği tarih itibarıyla başlayacağı belirtilmiştir. İşte, bu doğrultuda mahkemeler bazı kararlarında riskin, kaza tarihinde gerçekleştiğini kabul ederek zamanaşımı süresini bu tarihten başlatırken, bazı kararlarında riskin, daimi maluliyetin tespit edildiği tarihte gerçekleştiğini kabul etmektedirler. Çalışmada ilgili mevzuat ve sigorta hukuku ilkelerine göre başta iki yıllık süre olmak üzere daimi maluliyet teminatında zamanaşımı sürelerinin hangi andan itibaren başlaması gerektiği sorusu cevaplanmaya çalışılmıştır

Anahtar Kelimeler: İFerdi Kaza Sigortası, Daimi Maluliyet, Zamanaşımı, Riskin Gerçekleşmesi Kavramı.

ABSTRACT

Annullability is the failure of the law to bind the desired result to the actions of the person in cases of inOne of the coverages provided by personal accident insurance is permanent disability coverage. Under this coverage, the insured person who becomes permanently disabled as a result of an accident is paid the predetermined insurance amount. However, whether the insured's disability is permanent or not usually emerges after the accident date. This time difference between the accident and the disability causes the courts to reach conflicting results in the claims regarding the insurance amount filed based on this coverage. This is because pursuant to Article 1420 of the Turkish Commercial Code, receivables arising from the insurance contract are subject to two statute of limitations periods of two and six years, and it was stated that both periods essentially start from the date the risk occurred. Accordingly, in some of their decisions, courts accept that the risk occurred on the date of the accident and start the statute of limitations from this date, while in some of their decisions, they accept that the risk occurred on the date the permanent disability was detected. This study tries to answer the question of when the statute of limitations for permanent disability coverage, especially the two-year period, should start according to the relevant legislation and insurance law principles.

Keywords: Personal Accident Insurance, Permanent Disability, Statute of Limitations, Concept of Realization of Risk

* Doç. Dr., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, dkucuk@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4246-0764.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Damla KÜÇÜK

E-posta/E-mail: dkucuk@sakarya.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 27.05.2024

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1420/1. maddesine göre; “sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve ... sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar”. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere riskin gerçekleştiği tarihin tespiti, hem altı hem -dolaylı da olsa- iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcının belirlenmesinde önemli bir husustur.

Öte yandan, ferdi kaza sigortası ile sağlanan teminatlardan birisi de daimi maluliyet teminatıdır. Bu teminat kapsamında sigorta bedelinin ödenmesi için açılan davalarda, özellikle iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcına esas olmak üzere, riskin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin farklı kararların verildiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay ve bölge adliye mahkemelerinin, bazı kararlarında riskin maluliyete neden olan kaza tarihinde, diğer bazı kararlarında ise daimi maluliyetin tespit edildiği tarihte gerçekleştiğini kabul ettikleri ve zamanaşımı süresini bu tarihlere göre başlattıkları görülmektedir.

Mahkeme kararları arasında neden böyle bir çelişkinin ortaya çıktığını anlayabilmek için öncelikle TTK'nin 1420. maddesinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin başlangıcına esas olarak kabul edilen “riskin gerçekleşmesi” tabirinden neyin anlaşılması gerektiği, ardından da riskin ne zaman gerçekleşmiş sayılması gerektiğine ilişkin soruların cevabının verilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda çalışmada ilk olarak, ele alınacak sorunun takdimi yapılacak, ardından ferdi kaza sigortası ve daimi maluliyet teminatı hakkında genel bir bilgi verilmeye çalışılacaktır. Bundan sonra sigorta hukukunda zamanaşımı ve riskin gerçekleştiği anın zamanaşımı sürelerinin başlangıcının tespiti bakımından önemi üzerinde durulacaktır. Genel olarak ve daimi maluliyet teminatı özelinde TTK'nin 1420 ve 1427/2. maddelerinde anılan “riskin gerçekleşmesi” tabirinden neyin anlaşılması gerektiği hususu ve riskin gerçekleştiği ana dair değerlendirmeler yapıldıktan sonra, daimi maluliyetin ve gerçekleştiği anın tespiti hususlarına ilişkin açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır. Son olarak ise ulaşılan sonuçlar üzerinde durulacaktır.

I. SORUNUN TAKDİMİ

Bilindiği üzere TTK'nin sigorta sözleşmelerindeki zamanaşımına ilişkin 1420/1. maddesinde anılan iki yıllık sürenin alacağın muaccel olduğu tarihten, altı yıllık sürenin ise riskin gerçekleştiği tarihten başlayacağı ifade edilmiştir. TTK'nin 1427/2. maddesinde ise sigorta bedeli alacaklarının, her hâlde riskin gerçekleştiğine dair yapılacak ihbardan itibaren can sigortaları için on beş gün sonra muaccel olacağı belirtilmiştir. Yani iki yıllık sürenin başlangıcı da esasen riskin gerçekleşmesine bağlanmıştır. Dolayısıyla o sigorta sözleşmesi ile temin edilen riskin ne olduğu, bu riskin gerçekleşip gerçekleşmediği ve ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi, sigorta bedeli alacağının zamanaşımına uğrayıp uğramadığının tespitinde önemli olan hususlardır.

Öte yandan, ferdi kaza sigortası ile verilen teminatlardan birisi de daimî maluliyet teminatıdır. Ayrıntısı aşağıda açıklanacağı üzere sigortacı bu teminat kapsamında, sigortalının bir kaza sonucu daimî şekilde malul kalması halinde ödeme yapar. Tabii sigortalının, kazanın ardından tedavi vb nedenlerle iyileşme ihtimali de vardır. Bu nedenle sigortalının maluliyetinin daimî olup olmadığı, genellikle kaza tarihinden dikkate değer bir zaman sonra ortaya çıkmakta ve / veya tespit edilebilmektedir. Bu durum sigorta bedelinin ödenmesi için açılan davalarda, zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren başlaması gerektiği sorununu da beraberinde getirmektedir. Nitekim daimî maluliyet teminatı kapsamında sigorta bedelinin ödenmesi için açılan ve sigortacının zamanaşımı definde bulunduğu davalarda, Yargıtay'ın zamanaşımı süresinin başlangıcına esas olmak üzere çelişkili kararlar vermiş olduğu görülmektedir:

Bu hususa ilişkin olarak tespit edebildiğimiz en eski tarihli kararda, zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından kaza tarihi esas alınarak bir sonuca varılmıştır. Karar, ferdi kaza sigortası kapsamında 14.06.2007 tarihinde meydana gelen kaza neticesinde ortaya çıkan % 44 oranındaki maluliyete binaen sigorta bedelinin talebine ilişkindir. Sigortacı, davanın açıldığı 31.08.2010 tarihine kadar, 6762 s. eTTK'nin 1268. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresi dolduğu için ödeme yapmayı ret etmiştir. İlk derece mahkemesi ise talebi maluliyet derecesine göre kısmen kabul etmiştir. Ancak karar Yargıtay tarafından, mahkemenin sigortacının zamanaşımı defini, eTTK ve Ferdî Kaza Sigortası Genel Şartları'nın (FKSGŞ) hükümleri çerçevesinde değerlendirmede gerekçesiyle bozulmuştur. Yargıtay'ın bozma gerekçesi şu şekildedir: Sigorta ettiren veya sigorta nedeniyle hak sahibi olacak kişiler, aynı zamanda eTTK'nin 1336. maddesinin¹ yollama yaptığı eTTK'nin 1332/son fıkrasının² gereği olan FKSGŞ'nin 13. maddesi uyarınca riskin gerçekleştiğini öğrenme tarihinden itibaren beş gün içinde sigortacıya durumu bildirme yükümlülüğü altındadır. Sigorta bedeli bu beş günlük sürenin bitiminde muaccel olur. eTTK'nin 1268. maddesine³ göre de sigorta sözleşmesinden doğan tüm talepler iki yılda zamanaşımına uğrar. Somut olayda kaza 14.06.2007 tarihinde meydana gelmiştir. Davacı sigortacıya 10.12.2009 ve 31.12.2009 tarihlerinde başvurmuş, dava ise 31.08.2020 tarihinde açılmıştır⁴.

Oysa 2014 tarihinde verilen başka bir kararda, zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından, bu defa maluliyet tarihi esas alınarak sonuca varılmıştır. Bu karara mesnet olayda da ferdi kaza sigortası kapsamında 13.05.2008 tarihinde meydana gelen kaza nedeniyle olduğu iddia edilen % 56 oranındaki maluliyete istinaden, sigorta bedelinin ödenmesi talebinde bulunulmuştur. Ancak bu talebi kabul eden ilk derece mahkemesinin kararı, Yargıtay tarafından eTTK'nin 1268. maddesi

- 1 Maddenin ilgili 2. fıkrası metni şu şekildedir: "Kaza sigortalılarında rizikonun ihbarı ve sigorta bedelinin muaccel oluşu 1332nci maddenin son fıkrası hükümlerine tabidir. Ancak, sigortalının bir kaza sebebiyle ödeyeceği tazminata ait davada ona yardım sağlamak veya tazminatı karşılamak üzere yapılan sigortalarda ihbar müddetinin başlangıcına 1292nci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü tatbik olunur."
- 2 Madde metni şu şekildedir: "Sigortalı veya sigortadan faydalanan kimse, rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren beş gün içinde durumu sigortacıya bildirmeye mecburdur. Sigorta bedeli, bu beş günlük müddetin geçtiği tarihte muaccel olur. İhbar mükellefiyetinin yerine getirilmemesi halinde mal sigortalılarına ait hükümler kıyas yoluyla tatbik olunur."
- 3 Madde metni şu şekildedir: "Sebepsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları dahil sigorta mukavelesinden doğan bütün mutalebeler, iki yılda müruruzamana uğrar."
- 4 Yargıtay 11 HD, E 2013/374 K 2013/23370, 20.12.2013. Çalışmadaki kararlar Lexpera İctihat Bankası'ndan alınmıştır.

uyarınca talebin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle davalı lehine bozulmuştur. Davacı taraf karar düzeltme talebinde bulununca, bozma kararı kaldırılarak mahkemece verilen ve (sonuç itibarıyla doğru bulunan) karar onanmıştır. Yargıtay'ın bu kararına dayanak gerekçesi ise özetle şu şekildedir: Sigorta sözleşmesinden doğan tüm taleplerin iki yılda zamanaşımına uğrayacağına ilişkin eTTK'nin 1268. maddesinde, sadece zamanaşımı süresi belirlenmiş olup, bu sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin bir tespit yoktur. Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçası olarak ticari uyuşmazlıklara niteliğine uygun düştüğü sürece Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağına göre 818 s. eBK'nun 128. maddesi uyarınca zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlatılabilir. "Somut durumda kaza 13.05.2008 tarihinde meydana gelmiş ise de kaza sonucu meydana gelen sakatlık durumu aynı tarihte ortaya çıkmayıp, ancak uygulanan tedaviler sonucu sağlanan iyileşme göz önüne alınıp, meydana gelen yaralanmanın bıraktığı tüm etki ve fonksiyon kayıpları bir arada değerlendirilmek suretiyle tespiti mümkündür. Bu nedenle kalıcı sakatlık teminatına bağlı olarak tazminat talebinde bulunabilmek için öncelikle kalıcı sakatlık halinin tespiti gerekmektedir. ... 8/B maddesinde tazminatın daimi maluliyetin kati surette tespitini müteakip ödeneceği belirtilmiştir. Bu durumda gerek yasal düzenlemeler gerekse anılan poliçe özel şartı gereği davaya konu tazminatın muaccel olduğu tarih bu hususun tespit edildiği sağlık kurulu raporu tarihi olan 24.11.2009 tarihi olup, davanın da söz konusu rapora dayalı olarak açılmış olmasına göre eTTK'nin 1268. maddesinde düzenlenen 2 yıllık sürenin rapor tarihinden itibaren hesaplanması gerekir. Dava tarihi olan 14.02.2011 tarihi itibarıyla bu süre dolmadığından davada zamanaşımı gerçekleşmemiştir⁵.

2015 yılında bir başka davada, tekrar ilk karardaki gerekçeye dönülmüştür. İlk derece mahkemesinin kararı, iki yıllık zamanaşımı süresi öngören eTTK'nin 1268. maddesi uyarınca, somut olayda kazanın 10.03.2008 tarihinde meydana geldiği yani riskin bu tarihte gerçekleştiği, davanın ise 08.09.2011 tarihinde açıldığı, sigortacının zamanaşımı definin bu hale göre değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur⁶.

Yine aynı içerikteki bir davaya ilişkin olarak 2019 yılında verilen kararda ise sigorta bedeli alacağına ilişkin muacceliyetin, maluliyetin kesin surette tespiti ile gerçekleşebileceği, dolayısıyla iki yıllık zamanaşımı süresinin aşılp aşılmadığının da bu tarihe göre belirlenebileceği sonucuna varılmıştır. Kararın gerekçe kısmı özetle şu şekildedir: FKSGŞ'nin daimi maluliyet teminatı başlıklı 8/B maddesinde yer verilen "İş bu poliçe ile temin edilen bir kaza, sigortalının derhal veya kaza tarihinden itibaren iki sene zarfında daimi surette maluliyetine sebebiyet verdiği takdirde tıbbi tedavinin sona ermesini ve daimi maluliyetin kat'i surette tespitini müteakip, daimi maluliyet sigorta bedeli aşağıda münferic nisbetler dahilinde kendisine ödenir" hükmünde ve taraflar arasında yapılan sigortanın Genel Şartlar'ın bu hükmüne paralel özel şartında, sigorta bedelinin maluliyetin kesin tespitinden sonra ödeneceği ilkesi benimsenmiştir. Maluliyet konusunda kesin tespit yapılması ile poliçe kapsamındaki daimi maluliyet tazminatı yönünden muacceliyet şartı gerçekleşmiş olacaktır. Dava konusu olay 27.11.2011 tarihinde gerçekleşmiştir. Daimi maluliyet ise 10.07.2013 tarihli adli tıp uzmanının raporuyla tespit edilmiştir. Buna göre davanın açıldığı tarih itibarıyla iki yıllık zamanaşımı süresi aşılmamıştır⁷.

5 Yargıtay 11 HD, E 2014/550 K 2014/4239, 06.03.2014.

6 Yargıtay 17 HD, E 2014/3092 K 2015/8794, 16.06.2015.

7 Yargıtay 17 HD, E 2016/14460 K 2019/6777, 27.05.2019. Benzer bir başka karar için bkz Yargıtay 17 HD, E 2014/17496 K 2017/2317, 06.03.2017.

Bununla birlikte yine 2019 yılında verilen bir kararda; 25.12.2010 tarihinde meydana gelen kazanın yani riskin bu tarihte gerçekleştiği, davanın ise 06.07.2015 tarihinde açıldığı, dolayısıyla eTTK'nin 1268. maddesinde öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği sonucuna varılmıştır⁸.

Yapılan tüm bu alıntılardan da anlaşılacağı üzere, bu kararlar eTTK'nin hükümlerine dayanılarak verilen kararlardır. 6102 sayılı TTK'nin hükümleri uyarınca verilen ve zamanaşımı süresinin kaza tarihinden itibaren başlaması gerektiğini belirtilen bir Yargıtay kararı tespit edemedim. Tabii bu durum üstü örtülü bir içtihat değişikliğine de işaret ediyor olabilir. Ancak böyle bile olsa, içeriği neredeyse aynı uyumsuzluklara, aynı yasal düzenlemeler uygulandığı halde nasıl farklı sonuçlara ulaşıldığı meselesinin irdelenmesi gerekir. Dahası yapılan alıntılardan anlaşılacağı üzere, bu kararların verilmesine yol açan gerekçeler, zamanaşımına ilişkin eTTK'nin 1268. maddesinde yer alan düzenlemenin kendine has özelliklerinden kaynaklanan gerekçeler değildir. Zira anılan kararlarda, zamanaşımı süresinin başlangıcının belirlenmesi bakımından muacceliyet tarihine esas alınmak üzere riskin, kaza tarihinde mi yoksa maluliyetin tespit edildiği tarihte mi gerçekleşmiş olacağı meselesi tartışılmıştır ki 6102 sayılı TTK'de de riskin gerçekleştiği an, gerek zamanaşımının başlangıcı gerek sigorta bedeli alacaklarının muacceliyet kazanabilmesinin ön şartı olarak belirlenmiştir. Kaldı ki, riskin ne zaman gerçekleştiğine ilişkin bu tür farklı sonuçlara bölge adliye mahkemeleri (BAM) tarafından 6102 sayılı Kanun'a tabi olarak yargılaması yapılan davalarda varıldığı da görülmektedir:

Örneğin Adana BAM tarafından 2020 yılında zamanaşımı süresinin aşılp aşılmadığına, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yukarıda anılan 06.03.2014 tarihli E. 2014/550, K. 2014/4239 sayılı kararına binaen, daimî maluliyetin kesin olarak tespit edildiği tarih esas alınarak karar verilmiştir. Mahkeme'ye göre; daimî maluliyet teminatı bakımından FKSGŞ'nin 8/B ve aynı minvaldeki poliçe özel şartında, sigorta bedelinin maluliyetin kesin tespitinden sonra ödeneceği ilkesi benimsenmiştir. Muacceliyet şartı maluliyet konusunda kesin tespit yapılmasıyla gerçekleşmiş olacaktır. Buna göre davacının geçirdiği kaza sonucu kalıcı şekilde sakat kaldığı hususunun tespit edildiği tarihten itibaren zamanaşımının başladığını ve talebin TTK'nin 1420. maddesi kapsamında iki yıllık zamanaşımına tabi olduğunun kabulü gerekmektedir⁹.

Aslında, zamanaşımı süresinin başlangıcına esas olması bakımından, muacceliyetin daimî maluliyetin tespit edildiği tarih itibarıyla gerçekleşmiş olacağına ilişkin bu görüşün, diğer BAM'lar tarafından genel olarak takip edildiği de söylenebilir¹⁰. Bununla birlikte halen kaza tarihini esas alan kararlar da verilebilmektedir. Örneğin, 2018 yılında Konya BAM, ilk derece mahkemesinin Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin E 2015/3119 K 2017/11862, 19.12.2017 tarihli kararına istinaden verdiği ve riskin gerçekleştiği tarih olarak kaza tarihini kabul ettiği kararını onamıştır¹¹. Dava konusu olayda, kaza 23.09.2015 tarihinde gerçekleşmiştir. İlk derece mahkemesi 6102 s. TTK'nin riskin gerçekleştiğini ihbar yükümlülüğünün düzenlendiği 1446., zamanaşımının düzenlendiği 1427. ve FKSGŞ'nin 20. maddeleri uyarınca, alacağın kaza tarihi olan 23.09.2015 + bir haftalık makul ve

8 Yargıtay 17 HD, E 2016/18580 K 2019/2349, 04.03.2019.

9 Adana 3 BAM, E 2019/1363 K 2020/608, 02.06.2020.

10 İstanbul 40 BAM, E 2019/286 K 2020/359, 20.02.2020; Ankara 23 BAM, E 2019/1111 K 2020/1305, 21.10.2020.

11 Konya 3 BAM, E 2018/5 K 2018/11, 21.11.2018.

derhal başvuru süresine göre 30.09.2015 tarihinde muaccel olacağına, dolayısıyla bu tarihten itibaren dava tarihi olan 23.03.2018 tarihinde zamanaşımı süresinin geçtiğine karar vermiştir. Oysa ilk derece mahkemesinin dayandığı Yargıtay kararında ölüm teminatı söz konusudur ve kaza ile ölüm aynı anda gerçekleşmiştir.

II. GENEL OLARAK FERDİ KAZA SİGORTASI

TTK'nin 1507/1. maddesindeki düzenleme esas alınacak olursa, kaza sigortasını genel olarak; sigortacının belli bir prim karşılığında, sigortalının uğrayacağı kaza sonucu ölümü, geçici veya sürekli engellilik ya da iş göremezlik hâlleri için sigorta teminatı sağladığı sigorta sözleşmesi olarak tanımlamak mümkündür.

Ülkemizde kaza sigortası, kanun seviyesinde TTK'nin 1507 ila 1510. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bilindiği üzere Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesine göre sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından onaylanacak ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanması gereken genel şartlara uygun olarak düzenlenmek zorundadır. Bu yönden ülkemizde akdedilen kaza sigortası sözleşmeleri ayrıca Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'na tabidir.

TTK'nin 1507. maddesinde kaza sigortası ile ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da iş göremezlik hâlleri için teminat sağlanacağı belirtilmiş olmasına rağmen, FKSGŞ'de sadece vefat, daimi maluliyet ve geçici iş göremezlik (günelik tazminat) ve ayrıca kararlaştırılmış olması koşuluyla tedavi masraflarına ilişkin teminat verilmesi düzenlenmiştir.

Bunlardan vefat teminatı ile sigortacı, sigortalının derhal veya kaza tarihinden itibaren bir sene zarfında ölmesi koşuluyla, sözleşmede kararlaştırılan sigorta bedelini ödeme taahhüdünde bulunur (FKSGŞ m. 8/A).

Sürekli maluliyet teminatında ise sigortalının kaza neticesinde sürekli olarak malul kalması halinde, yine sözleşmede önceden kararlaştırılan sigorta bedelinin ödenmesi söz konusudur (FKSGŞ m.8/B).

Benzer olarak, geçici iş göremezlik teminatında da kaza neticesinde geçici olarak çalışamayacak hale gelen sigortalıya, sözleşmede önceden belirlenmiş olan günelik bedel ödenir (FKSGŞ m. 8/C).

Tedavi masrafları teminatında ise sigortalının uğradığı kaza nedeniyle yapmak zorunda kaldığı doktor, ilaç, ameliyat vb tedavi masrafları, sigortacı tarafından karşılanır. Ancak tedavi masraflarının teminat kapsamına dahil olması için bu hususun sigorta poliçesine ayrıca yazılması gerekir (FKSGŞ m. 8/D).

Kaza sigortası TTK'de can sigortaları altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sigorta kapsamında verilen teminatın türüne göre hem zarar hem meblağ sigortası özelliğini gösteren karma nitelikte bir sigorta olduğu söylenmelidir¹². Örneğin vefat teminatı aslen bir meblağ sigortasıdır. Zira sigortacı,

12 Evrim Akgün, *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi* (1. Baskı, XII Levha Yayıncılık 2017) 21 vd; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, C. III (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 321.

sigortalı bir kaza sonucu vefat ettiğinde, sözleşme yapılırken tespit edilen sigorta bedelinin tamamını, sigorta ettirene veya lehtarlarına, sigortalının malul kalması durumunda ise sigortalının kendisine ödemek durumunda kalır (TTK m. 1507/1). Oysa tedavi giderleri bakımından sigortacı, diğer zarar sigortalarında olduğu gibi en fazla tedavi masrafları miktarınca ödeme yapmakla yükümlüdür¹³.

III. GENEL OLARAK DAİMİ MALULİYET TEMİNATI

Daimî maluliyet teminatı Ferdî Kaza Sigortası Genel Şartları'nın 8/B maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre sigortacı, sigortalının bir kaza neticesinde derhal veya kaza tarihinden itibaren iki sene zarfında daimî surette malul kalması üzerine, tıbbî tedavinin sona ermesini ve daimî maluliyetin kat'î surette tespitini müteakip, sigorta bedelini Genel Şartlar'da yer alan maluliyet cetvelindeki oranlar dahilinde öder. Buna göre sigortacının, sigorta bedelini ödemekle yükümlü olması için sigortalının bir kaza sonucunda daimî olarak malul kalması gerekmektedir.

Genel Şartlar'da kaza kavramı “ani ve harici bir hadisenin tesirile sigortalının iradesi dışında ölmesi veya cismani bir arızaya maruz kalması” olarak tarif edilmiştir (m.2).

Anlaşılabileceği üzere bu tanımda kazanın kendisinden çok, kazanın sonuçlarına ilişkin bir tarif verilmiştir. Zira ölüme veya bedeni arızaya yol açan olayın kendisi kaza, ölüm, maluliyet veya iş göremezlik halleri kazanın sonuçlarıdır¹⁴. Nitekim doktrinde kaza kavramı çok daha isabetli bir şekilde; “ani ve dışarıdan bir olayın etkisiyle sigortalının iradesi dışında ölmesine yahut sağlığının zedelenmesine neden olan olay” olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Hatta, FKSGŞ de dikkate alınarak, kaza kavramı için; “sigortalının ölümüne, daimî bir şekilde malul kalmasına veya geçici olarak tam veya kısmen iş göremez hale gelmesine yol açan, ani ve sigortalının iradesi dışında, harici etkilerle gerçekleşen olay” şeklindeki bir tanımın, daha kapsayıcı olacağı düşüncesindeyim.

O halde bir olayın kaza olarak görülebilmesi için aniden, sigortalının iradesi dışında, harici etkilerle gerçekleşmesi ve neticesinde sigortalının ölümüne, malul kalmasına veya iş göremez hale gelmesine yol açmalıdır. Bu unsurlardan anilik ile kastedilen; olayın sigortalı tarafından öngörülemez veya

Sigortalının mal varlığını tehdit eden risklere karşı yapılan zarar (tazminat) sigortalarında, sigortacı risk gerçekleştiğinde, meydana gelen hasarın miktarı ile sınırlı olarak tazminat öder. Bkz Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (1. Baskı, BATİDER Yayınları 1965) 156; Rayegân Kender, *Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku* (17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 235; Kemal Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan Kitabevi 2000) 19; Samim Ünan, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Baskı, Beta Yayın Dağıtım 1998) 13 vd; İsmet Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu* (Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım 2001) 59 vd.

Esas olarak sigortalının şahıs varlığını tehdit eden risklere karşı yapılan meblağ sigortalarında ise, risk gerçekleştiğinde sigortacı önceden kararlaştırılmış sigorta bedelini ödeyerek borcundan kurtulur. Bkz Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, ‘Kaza Sigortaları’ (2020) 5(9) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221, 222; Ünan, *Hayat Sigortası* (n 12) 13 vd; Sayhan (n 12) 65; Kender, (n 12) 235.

13 “...kaza sigortasında tedavi masrafları teminatı da vardır. Kaza sigortası özü itibarıyla meblağ sigortası olmakla birlikte, bu teminat zarar sigortasının konusudur.” Bkz ‘Madde Gereççeleri’, s. 430 (1520. md) <<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

14 Bozer (n 12) 373.

15 Akgün (n 12) 89. Başka tanımlar için bkz Kayıhan ve Günergök (n 12) 225; Işıl Ulaş, *Uygulamalı Can Sigortası Hukuku* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 2002) 170.

öngörülebilir olsa da önlem almasına izin vermeyecek bir sürede gerçekleşmiş olmasıdır¹⁶. Bir olayın kaza olarak kabulü için ayrıca asli olarak sigortalının kendi vücudundan kaynaklanan durumlar veya eylemleri dışında, dış dünyadan gelen etkilerle gerçekleşmiş olması da gerekir¹⁷. Dolayısıyla sigortalının iradi olarak gerçekleştirdiği olaylar kaza olarak kabul edilmez¹⁸. Son olarak olay ile sigortalının ölümü veya vücudunda ortaya çıkan hasar arasında nedensellik bağının olması da gerekmektedir¹⁹.

İkinci olarak, kaza gibi maluliyet kavramı da Genel Şartlar'da tanımlanmamıştır. "Maluliyet" yerine "engellilik" kavramının kullanıldığı TTK'nin kaza sigortası ile ilgili düzenlemelerinde de bir tanım yapılmamıştır²⁰. Bununla birlikte kavram doktrinde²¹ Ünan tarafından; "sigortalının yeteneklerinin bedensel veya ruhsal açıdan sınırlanmış olduğu haller" olarak tarif edilmiştir²².

Sigortalının kaza sonucu uğradığı maluliyet, geçici veya daimi olabilir²³. Bunlardan geçici maluliyet; "gerçekleşen rizikonun, riziko şahsının sağlığında neden olduğu zedelenmenin geçici nitelikte olması"nı anlatır²⁴. Bir başka ifade ile sigortalının, bedensel ve / veya ruhsal açıdan tedavi vb nedenlerle iyileşerek kazadan önceki haline dönebilecek şekilde malul kalmış olması durumunda, geçici maluliyetten bahsedilir. Buna karşılık daimi maluliyet; sigortalının bedeni ve ruhsal

- 16 Bozer olayın aynı zamanda şiddetli olması gerektiğini de belirtmektedir. Bkz (n 12) 374. Krş Muzaffer Aktaş, *Ferdi Kaza Sigortaları* (Çeltüt Matbaacılık, İstanbul 1972) 42.
Anilik unsuru hakkında daha fazla bilgi için bkz Akgün (n 12) 90 vd; Kayıhan ve Günergök (n 12) 226; Ulaş (n 15) 170; Ünan, *Şerh* (n 12) 333.
- 17 "Davaçıların murisinin olay günü serinlemek için suya girdiği, suda iken otopsi raporuna göre "akut miyokart enfarktüsü" nedeniyle vefat ettiği ve daha sonra kısmen su içinde ölü vaziyette bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu halde, murisin ölüm nedeni olan akut miyokart enfarktüsünün ... kaza olmayan hallerden sayılmasına, dolayısıyla hastalık nedeniyle vefatın poliçe teminatı altında bulunmaması nedeniyle davanın reddi gerekirken ... hükmün bozulması gerekmiştir." Bkz Yargıtay 17 HD, E 2014/126 K 2014/2857, 03.03.2014.
Bununla birlikte bir olayın dış etkiyle meydana gelip gelmediğinin tespitinde kesin kriterlerin olduğunu söylemek güçtür. Daha fazla bilgi için bkz Akgün (n 12) 94 vd; Ünan, *Şerh*, (n 12) 333 vd.
- 18 Bozer (n 12) 374; Aktaş (n 16) 43 vd; Kayıhan ve Günergök (n 12) 226 vd; Akgün (n 12) 102 vd; Ünan, *Şerh* (n 12) 334.
"Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'nın 2. maddesinde kazanın tanımı yapılmış olup; buna göre kaza, ani ve harici bir hadisenin tesiri ile sigortalının iradesi dışında olmasıdır. Somut olayda, davaçılar murisi sigortalı, topladığı mantarları yedikten sonra zehirlenerek ölmüş olup meydana gelen ölümün, genel şartlarda belirtilen ani ve harici bir hadisenin tesiri ile meydana gelen bir ölüm olarak kabulü mümkün bulunmadığından davanın reddine karar karar verilmesi gerekirken" Bkz Yargıtay 17 HD, E 2013/16524 K 2015/9895, 30.09.2015.
- 19 Bozer (n 12) 374; Aktaş (n 16) 44 vd; Akgün (n 12) 111 vd.
"... bilimsel mütalaada ... kişide mevcut kalp hastalığının ölümü kolaylaştırdığı veya ölüme yol açtığı kabul edilse bile kaza sonucu ortaya çıkan travma ile ölüm arasındaki illiyet bağının ortadan kalkmayacağı görüşü açıklanmıştır. ... Bu halde, mahkemece taraf delilleri toplanarak sigortalının kalp krizi sonucu mu, trafik kazası sonucu mu öldüğünün net olarak bilirkişi raporuyla saptanması gerekirken, eksik incelemeye dayanılarak karar verilmesi doğru olmamış, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir." Bkz Yargıtay 11 HD, E 2010/9179 K 2012/1390, 06.02.2012.
- 20 Bu iki kavramın özdeş olduğu, yanı sıra sakatlık teriminin de kullanıldığı yönünde bkz Akgün (n 12) 144.
- 21 Maluliyet ve iş göremezlik kavramlarının karıştırıldığı da söylenebilir. Örneğin Bozer sigortalının çalışma gücünden veya olanağından mahrum kalması halini maluliyet olarak tanımlamıştır. Bkz (n 12) 375. Oysa çalışma gücünün kaybı, esasen iş göremezlik hali ile ilgilidir. Bu konuda bkz Akgün (n 12) 144 – 163 vd.
- 22 Samim Ünan, 'Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler' (2005) (I) Sigorta Hukuku Dergisi 109, 190.
- 23 Benzer bir tanım için bkz Akgün (n 12) 149.
- 24 Akgün (n 12) 149.

fonksiyonlarının bir daha iyileşemeyecek şekilde zedelenmiş olmasıdır²⁵. Daha önce de belirtildiği üzere FKSGŞ’de sadece daimî maluliyet teminatı düzenlenmiştir²⁶.

Üçüncü olarak, sigortacının ödeme yapmakla yükümlü olması için, sigortalının kazayla eş zamanlı veya kaza tarihinden itibaren iki sene içinde daimî olarak malul kalması gerekmektedir²⁷. Ancak bu koşula yer veren Genel Şartlar’ın 8/B maddesindeki düzenlemenin, farklı yorumların yapılmasına izin verecek şekilde muğlak ve eksik bir şekilde yazıldığı düşüncesindeyim.

Bahsi edilen 8/B maddesinin metni aynen şu şekildedir: “sigortacı, sigortalının bir kaza neticesinde derhal veya kaza tarihinden itibaren iki sene zarfında daimî surette malul kalması üzerine tıbbî tedavinin sona ermesini ve daimî maluliyetin kat’i surette tespitini müteakip, sigorta bedelini Genel Şartlar’da yer alan maluliyet cetvelindeki oranlar dahilinde öder.”

Görüleceği üzere, madde metninde kullanılan “üzerine” zarfının, cümleye verdiği “den sonra” anlamı nedeniyle sigortacının, sigortalının en geç kaza tarihinden itibaren iki yıl içinde daimî olarak malul kaldıktan sonra tıbbî tedavinin yapılması ve ardından daimî maluliyetin kesin olarak tespitiyle ödeme yapmakla yükümlü hale gelebileceği gibi oldukça anlamsız bir silsile ortaya çıkmaktadır. Oysa sigortalının daimî olarak malul kaldığına ilişkin tespit –sigortalının tedavi olanağı olduğu sürece– sadece ilgili tedavi uygulandıktan sonra yapılabilir. Ek olarak düzenlemenin sözü; iki yıl içinde sigortalının daimî olarak malul kalmasından sonra, tıbbî tedavi ve daimî maluliyetin kesin olarak tespitinin bu iki yıldan sonra yapılacağı gibi bir yoruma da uygundur. Oysa bu iki yıllık sürenin, aslında sigortacının belli olmayan bir süre için sigorta bedelinin ödenmesi talepleriyle karşı karşıya kalmasını önlemek, böylece sigortacının sorumluluğunu sınırlandırmak için getirildiği açıktır²⁸.

25 Benzer tanımlar için bkz Akgün (n 12) 150; Ulaş (n 15) 177; Ünan, *Şerh* (n 12) 337.

26 Bu durumun, kaza sigortası teminatları arasında, geçici maluliyet (engellilik) halini de sayan TTK’nin 1507/1. maddesiyle çeliştiği açık olmakla birlikte, sigortacının sorumluluğunu sınırlamaya, böylece daha az sayıda sigorta bedelinin ödenmesi talebiyle karşılaşmasını sağlamaya yönelik olduğu da açıktır. Krş. ‘Showing You Have a Permanent Injury is Required When No-Fault Insurance is Involved’ (Brill & Rinaldi) <<https://www.forpeopleforjustice.com/showing-permanent-injury-required-no-fault-insurance-involved/>> Accessed 29 January 2023; Aktaş (n 16) 52 vd.

27 Aktaş (n 16) 50.

28 Böylece sigortalının daimî olarak malul kaldığına ilişkin tespitin kaza tarihinden itibaren iki yıldan sonra yapılması halinde, sigortacı sorumluluktan kurtulacaktır. Nitekim konunun tartışıldığı tek mahkeme kararı olarak tespit edebildiğim bir davada, ilk derece mahkemesi ve İzmir BAM’ın yorumu da bu yönde olmuştur. Karara mesnet olayda kaza 27.12.2012 tarihinde gerçekleşmiş, sigortalıya 23.10.2013 ve 29.05.2014 tarihinde iki defa ödeme yapılmış, 05.03.2015 tarihindeki üçüncü talep ise iki yıllık sürenin dışında kaldığı için reddedilmiştir. Anlaşılacağı üzere sigortalının daimî olarak malul kaldığına ilişkin ilk tespit kaza tarihinden itibaren iki yıllık süre içinde yapılmıştır. Ancak maluliyet derecesinin giderek arttığı iddiasıyla üçüncü bir talep yapılmıştır. Yerel mahkeme iki yıllık sürenin daimî maluliyetin ortaya çıkmasına ilişkin olduğu, yoksa maluliyet derecesinin kesinleşmesinin iki yıllık süreye tabi olmadığı, BAM ise Genel Şartlar’a göre iki yıl içinde daimî maluliyet tespit edildiği için, maluliyetin artarak devam etmesinin, kazadan iki yıl geçtikten sonra kesinleşmesinin teminat dışı olmadığı gerekçesiyle sigortalının talebini kabul etmiştir. Bkz İzmir 11 BAM, E 2017/87 K 2017/89, 06.02.2017.

Bu yönden Genel Şartlar’la getirilen bu koşul, TTK’de öngörülmeleyen bir şekilde sigortacının sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Zira, TTK’nin 1507/1. maddesinde sigorta bedelinin, ölümün ani olarak veya kaza tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde gerçekleşmiş olması halinde ödenebileceğinden bahsedilmesine rağmen, engellilik (maluliyet) hali için böyle bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Dahası, can sigortalarına ilişkin koruyucu hükümlere yer verilen TTK’nin 1520/2. maddesinde, 1507/1. madde hükmüne aykırı sözleşme şartlarının geçersizdir olduğu da belirtilmiştir.

Dolayısıyla bu amaç doğrultusunda maddede esasen sigortacının sigorta bedelini ödemekle yükümlü olması için, uygulanacak tıbbi tedavi dahil, sigortalının kaza tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde daimi olarak malul kaldığının tespit edilmesi gerektiğine dair bir düzenleme yapılmak istendiği söylenmelidir²⁹.

Son olarak, sigortalının bu koşullar gereğince daimi maluliyetinin kesin olarak tespitiyle birlikte sigortacı, sigorta bedelini Genel Şartlar'da yer alan maluliyet cetvelindeki oranlar dahilinde ödeyecektir.

IV. SİGORTA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI VE RİSKİN GERÇEKLEŞTİĞİ ANIN ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN BAŞLANGICININ TESPİTİ BAKIMINDAN ÖNEMİ

Kanun koyucu TTK'nin 1420 ve 1482. maddelerinde yer alan düzenlemelerle, sigorta sözleşmesinden doğacak alacakların özel zamanaşımı sürelerine tabi olmasını tercih etmiştir. Nitekim 1420. maddeye göre sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve sorumluluk sigortalarına ilişkin 1482. madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır.

Görüleceği üzere bu düzenlemede iki ve altı yıl olarak iki farklı zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu durum, iki sürenin birbiriyle bağlantısı hakkında, çalışmamızın konusu itibarıyla kısaca ele alınması gereken bir tartışmanın ortaya çıkmasına da yol açmıştır. Bu tartışmada ileri sürülen ilk görüşe göre sigorta bedeli ve tazminatı alacakları için sadece riskin gerçekleştiği tarihten başlatılmak üzere altı yıllık zamanaşımı süresi işletilebilir³⁰.

Doktrin tarafından haklı olarak savunulan ikinci görüşte ise sigorta bedeli ve tazminatı alacaklarının dahi muacceliyet tarihi ile işlemeye başlayacak olan iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmektedir³¹. Buna göre riskin gerçekleştiğine ilişkin ihbar sigorta ettiren, sigortalı veya lehtara yüklenemeyen bir nedenle yapılamadığı, dolayısıyla muacceliyetin gerçekleşmediği durumlarda, sigortacı iki yıllık süreye ilişkin zamanaşımı definde bulunamayacak, karşı taraf riskin gerçekleştiği tarihten itibaren 6 yıl boyunca talepte bulunulabilecektir³². Ancak muacceliyet şartının gerçekleştiği, böylece iki yıllık sürenin dolduğu durumlarda, altı yıllık süre bitmemiş olsa dahi zamanaşımı definde bulunulabilecektir³³. Yukarıda yer verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay ve diğer mahkemelerin de ikinci görüşü benimsediği açıktır.

29 Krş Ulaş (n 15) 177 - 185.

30 Yazar'ın da ifade ettiği üzere bu görüş daha çok pratisyenler tarafından ileri sürülmektedir. Bkz Tekin Memiş, 'Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler', (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1931, 1934.

31 Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Oğuz, *Sigorta Hukuku* (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2022) 178 - 180 vd; Akgün (n 12) 312; Kayıhan ve Günergök (n 12) 240 vd.

32 Memiş, 'Zamanaşımı' (n 30) s. 1939 vd; Melda Taşkın, *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 426 vd; Yazıcıoğlu ve Şeker Oğuz (n 31) 178 vd.

33 Yazıcıoğlu ve Şeker Oğuz (n 31) 181 vd.

Öte yandan sigorta bedeli ve tazminatı alacakları ister sadece altı yıllık ister aynı zamanda iki yıllık zamanaşımı süresine tabî olsun, her iki zamanaşımı süresinin başlangıcının tespitinde de riskin gerçekleştiği an önemli bir husustur.

Nitekim 1420. maddeye göre iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı, sigorta bedeli alacağının muaccel olduğu tarihtir. Sigorta bedeli ve tazminatına ilişkin alacakların ne zaman muaccel olacağı ise TTK'nin 1427/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ise sigorta tazminatı veya bedeli alacakları, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ... her hâlde 1446. madde uyarınca riskin gerçekleştiğine dair sigortacıya yapılacak ihbardan itibaren can sigortaları için on beş gün sonra muaccel olur.

Buna göre iki yıllık zamanaşımı süresinin işlenmesi için alacağın muaccel olması, muaccel olması için öncelikle riskin gerçekleştiğinin sigortacıya ihbar edilmesi, bu ihbarın yapılabilmesi için ise riskin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yani iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcının tespiti için riskin gerçekleştiği anın tespiti dolaylı ancak olmazsa olmaz bir husustur.

Riskin gerçekleştiği anın tespitinin, altı yıllık zamanaşımı süresi bakımından önemi ise zaten çok açıktır. Zira bu sürenin başlangıcı doğrudan riskin gerçekleştiği tarihe bağlanmıştır.

V. TTK'NİN 1420. VE 1427/2. MADDELERİ KAPSAMINDA “RİSKİN GERÇEKLEŞMESİ” TABİRİNİN YORUMLANMASI VE RİSKİN GERÇEKLEŞTİĞİ AN

Bir önceki başlık altında TTK'nin 1420. ve 1427/2. maddelerinde, sigorta bedeli ve tazminatı alacaklarının gerek muaccel hale gelmesinin gerek zamanaşımı sürelerinin başlangıcının, esasen “riskin gerçekleşmesi” ön koşuluna bağlandığından bahsedilmişti³⁴.

34 Doktrinde “riskin gerçekleşmesi” tabiriyle eş anlamlı olarak “sigorta olayı” kavramı altında, sigortacının sorumluluğunun doğumu bakımından, sigorta sözleşmesinin yürürlük süresi içinde hangi olayın gerçekleşmesi gerektiğiyle ilgili bir tartışma yapılmaktadır. Bu kapsamda sigortacının sorumluluğunun doğması için zarara yol açan olayın sigorta süresi içinde gerçekleşmesini arayan “neden olayı teorisi” yahut sigortacının sorumluluğunun doğması için zararın sigorta süresi içinde çıkmasını arayan “zarar olayı teorisi” ve benzerlerinden bahsedilir. Bu konuda bkz Şenocak (n 12) 78 vd; Aynur Yongalık, *Çevre Sorumluluk Sigortası* (BATİDER Yayınları 1998) 183 vd.

Bu tartışma benzer teoriler etrafında ve genel olarak “trigger of coverage” kavramı altında, Amerikan Hukuku'nda da yapılır. Bu konuda genel olarak bkz Nicolas R Andrea, ‘Exposure, Manifestation of Loss, Injury-in-Fact, Continuous Trigger: The Insurance Coverage Quagmire’ (1994) 21(3) Pepperdine Law Review 813, 813 ff. Fakat bu tartışmanın odak noktası, başta sorumluluk sigortaları olsa da diğer tür sigortaları da içerecek şekilde, risk olayının gerçekleşmesi ile bunun sonucu olarak maddî veya şahsî bir zararın ortaya çıkması arasında dikkate değer bir zaman aralığının olduğu veya asbestos gibi zararlı maddelere uzun bir süre maruz kalınmasıyla ortaya çıkan hastalık veya ölümlerde olduğu gibi risk olayının ve / veya zararın gerçekleşmeye devam ettiği durumlarda, bu süre boyunca verilmiş sigorta teminatları bakımından, hangi sigortacı veya sigortacıların sorumlu tutulabileceğidir. Ancak bu, sigorta bedeli veya tazminatı alacağının muacceliyeti ve zamanaşımının başlayacağı andan bağımsız olarak yapılan bir tartışmadır. Örneğin Amerikan Hukuku'nda bu tartışma bağlamında mahkemeler tarafından takip edilen teorilerden birisi “zarara maruz kalma teorisi”dir (exposure theory). Teoriye göre sigortalının veya (sigorta konusu menfaatin konusu olan) malın zarara yol açan olaya maruz kaldığı anda veya süre boyunca yürürlükte olan bütün sigorta sözleşmeleri bağlamında tazminat istenebilir. Bkz Andrea (n 34) 831. Amaç zarara yol açan olayın devam ettirildiği tüm süre boyunca ortaya çıkacak mağduriyetin önlenmesidir. Somut bir örnek vermek gerekirse, bu teori altında sigortalı işyerinin asbestos içerikli ürünleri ürettiği otuz yıl boyunca sigorta teminatı sağlamış her bir sigortacı sorumlu tutulabilir. Ancak bu sözleşmelerden

Bu koşul, ferdi kaza sigortasında daimi maluliyet teminatı kapsamında doğacak sigorta bedeli alacakları için de geçerlidir. O halde öncelikle 1420. ve 1427/2. maddeler bağlamında genel olarak “riskin gerçekleşmesi” tabirinden neyin anlaşılması gerektiği, ardından “riskin ne zaman gerçekleştiği” hususunun tespit edilmesi gerekir.

Sigorta hukuku kitaplarına bakıldığında risk kavramı için çeşitli tanımlar verildiği görülmektedir.

Örneğin Kender risk kavramını “genel olarak ilerde gerçekleşmesi muhtemel ve zarar veya başkaca uygun olmayan bir hal ve ihtiyaç doğuran bir olay” olarak tanımlamaktadır³⁵.

Bu kavram Ünán tarafından ise “gerçekleşme olasılığı münhasıran insan iradesine bağlı olmayan olaylar” olarak tarif edilmiştir³⁶.

Omağ ve Bozer ise bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadırlar. Örneğin Omağ “teknik anlamda risk” ve “soyut anlamda risk” ayırımı yapmakta ve teknik anlamda riski; “sigorta sözleşmesinin taraflarının iradeleri haricinde kalan gerçekleşmesi veya gerçekleşme tarihi belirsiz olan zarar veya başkaca uygun olmayan bir hal doğuran geleceğe ait, ihtimali bir olay” olarak tanımlamaktadır. Risk kavramı soyut anlamda ise “tehlike” demektir. Yazara göre “bu tehlikenin belli bir zaman ve mekân içerisinde gerçekleşmesi halinde ortaya somut anlamda bir “tehlikeli olay (sinistre) çıkmaktadır”³⁷.

Bozer’e göre ise tehlike, “sigorta ettirenin kendisini veya malını gerçekleşme ihtimaline karşı teminat altına aldığı olaya” denir. Tehlikenin gerçekleşmiş haline ise sinistre denir³⁸.

Sigortacının tazminat ödemekle yükümlü tutulması için riskin gerçekleşmesi gerekir diyen Kaner de ikili bir ayırım yaparak; sigorta akdi yapıldığı sırada muhtemel olan olayı “risk (olayı)”, risk olayının gerçekleşme ihtimalini ise “tehlike” adıyla tanımlamaktadır³⁹.

O halde, sigortacının sigorta bedeli veya tazminatını ödeme yükümlülüğünün doğması için, öncelikle sözleşmede tarif edilen “risk olayının gerçekleşme ihtimalinin” yani “tehlikenin” gerçekleşmesi gerekir⁴⁰. Örneğin yangın sigortasında, sözleşmede tarif edilen “yangın” olayı risk olayı ise, yangın çıkması ihtimali, tehlikedir ve sigortacının tazminat ödeme borcu ancak yangın çıkma ihtimali

doğan sigorta bedeli veya tazminatı alacaklarına uygulanacak zamanaşımı süresi pekala zararın öğrenilme (discovery of loss / injury) tarihinden başlatılabilir. Bkz Gail B Agrawal, ‘Asbestos: Who Will Pay The Plaintiff?’ (1983) 57 Tulane Law Review 1491, 1499 ff; Stephen V Gimigliano, ‘The Calculus of Insurer Liability in Asbestos-Related Disease Litigation: Manifestation + Injurious Exposure - Continuous Trigger’ (1982) 23(4) Boston College Law Review 1141, 1150 ff; Andrea (n 34) 836, n 139. Bu konunun tartışıldığı bir mahkeme kararı için bkz *Ins. Co N. America V. Forty-Eight Insulations*, 633 F.2d 1212 (6th Cir. 1980) (Casetext) <<https://casetext.com/case/ins-co-n-america-v-forty-eight-insulations>> Accessed 23 December 2022.

35 Kender (n 12) 332. Benzer bir tanım için bkz Yazıcıoğlu ve Şeker Oğuz (n 31) 76.

36 Samim Ünán, *İsteğe Bağlı Sorumluluk Sigortasında Riziko* (1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım 1998) 26.

37 Merih Kemal Omağ, *Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2011) 2, dn 2. Ayrıca krş Tekin Memiş, *Yangın Sigortasında Riziko* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2001) 19 vd.

38 Bozer (n 12) 101. Aynı yönde bkz Memiş, *Riziko* (n 37) 19 vd.

39 İnci Kaner, ‘Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike ile İlgili Görevleri’ (1994) LIV İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 303, 303 vd - 319.

40 Akgün (n 12) 88.

gerçekleşirse doğabilir⁴¹. Dolayısıyla Türk sigorta hukukunda riskin gerçekleşmesinden kastın öncelikle; “risk olayının” gerçekleşmesi olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, sigorta sözleşmesinde tarif edilen olayın gerçekleşmesi de her zaman tek başına sigortacının ödeme borcunun doğumuna yol açmaz⁴². Nitekim riskin gerçekleşmesi halinde, 1420. ve 1427/2. maddelerdeki düzenlemeler uyarınca sigorta bedeli ve tazminatı alacağı muacceliyet kazanmasında ve zamanaşımı sürelerinin başlamasında ön koşul olabilmesi için, aynı zamanda bir alacağın da doğması gerekir. Bu nedenle “riskin gerçekleşmesi” tabiri özellikle zarar sigortaları bakımından aynı zamanda bir zararın gerçekleşmesi koşulunu da içerir. Hatta bu durum, “zarar” kavramına yüklenen anlama göre, meblağ ve can sigortası olarak kabul edilen bazı sigortalarda da geçerli olacaktır⁴³. Nitekim aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacağı üzere, bu tür sigortalardan birisi de ferdi kaza sigortası, daha özeldede daimî maluliyet teminatıdır. Neticede, risk olayı olarak tarif edilen olay gerçekleşmiş olsa bile, bir zarar doğmadığı ve tespit edilemediği sürece, riskin gerçekleştiğinden bahsedilememelidir.

Gerçi riskin, risk olayının gerçekleştiği tarihte mi yoksa zararın ortaya çıktığı ve / veya tespit edildiği tarihte mi gerçekleştiğine ilişkin bir ayırım, risk olayı ve bunun sonucu olan zararın aynı zamanda ortaya çıktığı ve tespit edildiği durumlar için önem arz etmez.

Ancak zararın, risk olayından dikkate değer bir süre sonra ortaya çıktığı ve / veya tespit edilebildiği durumlarda riskin, risk olayının meydana geldiği an itibarıyla gerçekleştiğinin kabulü, -aşağıda daimî maluliyet teminatı bağlamında da değinileceği üzere- iki yıllık sürenin kısalığı nedeniyle, lehtar veya sigortalının sigorta bedelini veya tazminatını alma ihtimalini ciddi şekilde düşürerek adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Daha önce de belirtildiği gibi Kanun’da iki yıllık sürenin başlangıcı muacceliyet tarihine bağlanmıştır (m. 1420/1). 1427/2. maddeye göreyse sigorta bedeli veya tazminatı alacakları riskin gerçekleşmesini müteakip ... her hâlde 1446. madde uyarınca riskin gerçekleştiğine ilişkin yapılacak ihbardan kırk beş gün, can sigortalarında ise on beş gün sonra muaccel olur.

Buna göre, örneğin sigortalının su basması gibi gerçekleşen risk olayından derhal haberdar olabileceği durumlarda, bunun 1446. madde uyarınca gecikmeden sigortacıya ihbarı yükümlülüğü de doğacaktır⁴⁴. Tabii bu ihbarın yapılmasıyla sigorta bedeli alacağı da 45 gün gibi kısa bir süre içinde muacceliyet kazanacağı için, iki yıllık zamanaşımı süresi de derhal işlemeye başlayacaktır. Oysa, gerçekleşen risk olayına ve neticesinde bir zararın ortaya çıkma ihtimalinin yüksek olmasına rağmen, henüz tespitinin yapılamadığı durumlarda, iki yıl içinde dava açılabilir teminat şartlarına uygun bir zararın varlığı ispat edilemediği için, zararın iki yıldan sonra tespit edildiği durumlarda açılan

41 Yongalık (n 34) 183 vd.

42 Kaner (n 39) 305; Omağ (n 37) 2, dn 2; Akgün (n 12) 88.

43 Bkz VI no.lu başlık.

44 Nitekim riskin gerçekleştiğinden haberi olan sigortalının bunu sorumluluk sigortalarında 10 gün (TTK m. 1475), diğer sigortalarda ise gecikmeksizin bildirmesi gerekir (TTK m. 1446).

dava ise zamanaşımı nedeniyle reddedilecek, neticede sigortalı alacağından yoksun kalacaktır⁴⁵. Yahut zararın tespit edildiği tarihe göre, sigortalı, dava açmak için iki yıldan daha az bir süreye sahip olacaktır.

Diğer yandan sigorta bedeli ve tazminatı alacaklarına aynı zamanda iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı ve iki yıllık sürenin altı yıllık süre içinde kalması gerektiği de düşünülürse, altı yıllık ikinci bir zamanaşımı süresinin de pek yararı olmayacaktır. Zira altı yıllık süre bitmemiş olsa bile iki yılın bitimiyle sigorta tazminatı alacağı zamanaşımına uğrayacak, sigortalı talep hakkını yitirecektir⁴⁶. Dolayısıyla sigortalının çok daha kısa olan iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından böyle bir sonuca maruz bırakılması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu yönden mesela Amerikan Hukuku'nda zararın, buna yol açan olaydan dikkate değer bir zaman sonra ortaya çıktığı davalarda mahkemeler, sigorta türünü dikkate almaksızın sigortalının lehinde olduğu için genel olarak zamanaşımı süresinin, zararın keşfedildiği tarihten (manifestation approach - discovery rule) itibaren başlayacağını kabul etmektedirler⁴⁷.

Dolayısıyla sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak 1482. maddede olduğu gibi aksini gösteren açık bir düzenleme yapılmış olmadıkça, 1427/2. madde uyarınca sigorta tazminatı ve (ferdi kaza sigortası gibi zarar sigortalarıyla benzer bir mantıkla işleyen meblağ sigortaları bakımından) sigorta bedeli alacaklarının muacceliyet kazanmasının ön şartı olarak gösterilen ve buna bağlı olarak 1420. maddede başlangıcı, muacceliyet tarihine bağlanan iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından, “riskin gerçekleşmesi” tabiri ile; “risk olayının gerçekleşmesi neticesinde poliçede tarif edilen zararın ortaya çıkması ve bunun tespit edilmesi halinin” anlatıldığı, dolayısıyla riskin de zararın tespit edildiği veya edilmesi gerektiği an itibarıyla gerçekleştiği” kabul edilmelidir, düşüncesindeyim.

Öte yandan, zamanaşımı süresi bakımından, bilinçli bir tercihin sonucu olarak riskin -zararın sonraki bir tarihte de olsa çıkması veya tespit edilmesi koşuluyla- geçmişe etkili olarak, risk olayının meydana geldiği tarih itibarıyla gerçekleştiği de kabul edilebilir. Nitekim sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak TTK'nin 1473/1. maddesinde sigortacının, sözleşmede aksine hüküm yoksa sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene tazminat ödeyeceğinden bahsedilmektedir. 1482/1. maddede ise sigortacıya yöneltilecek tazminat istemlerinin, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu böylece zarar ve bu zarara yol açan olayı (risk olayını) birbirinden ayırdığı gibi zamanaşımını da risk olayının (sigorta konusu olayın) gerçekleşme tarihi itibarıyla başlatmıştır.

45 Bu yönde bkz Gimigliano (n 34) 1150; Agrawal, (n 34) 1493.

46 Yazıcıoğlu ve Şeker Oğuz (n 31) 182.

Verilen bu örnek zarar sigortasına ilişkin olmakla birlikte aşağıda da değinileceği üzere, daimi maluliyet teminatı için de aynen geçerlidir. Bkz. VI no.lu başlık.

47 Malcolm B Rosow and Arthur J Liederman, 'An Overview to the Interpretative Problems of "Occurrence" in Comprehensive General Liability Insurance' (1981) 16(5) The Forum 1148, 1150; Gimigliano (n 34) 1150; Agrawal (n 34) 1499; Andrea (n 34) 838, n 146.

Nitekim benzer bir durum 1420. maddede düzenlenen altı yıllık zamanaşımı süresi için de söz konusudur. Hatırlanacağı üzere 1420. maddede “sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemlerin her hâlde riskin gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı” düzenlenmiştir.

Altı yıllık ikinci bir zamanaşımının getirilmesinin nedeni Gerekçe’de; “..muacceliyet, rizikonun gerçekleştiğini bildirmeye bağlanmıştır. Halbuki sigortalı veya sigortadan faydalanan kimse rizikonun gerçekleştiğini, olay tarihinden itibaren, örneğin beş yıl sonra da öğrenebilir. Bu durumda sigortacı, her zaman için sigorta tazminatının ödenmesi talebiyle karşı karşıya kalabilir” denilerek, menfaatler dengesinin korunması amacıyla azami bir zamanaşımının daha getirildiği ve sürenin de “rizikonun gerçekleştiği tarihten başlatıldığı” şeklinde açıklanmıştır⁴⁸.

Tabii bu açıklamaların da kendi içinde çelişkili olduğu söylenmelidir. Şöyle ki; Gerekçe’de önce sigortalının riskin gerçekleştiğini, olay tarihinden çok sonra öğrendiği durumlarda, sigortacının her zaman için tazminat talepleriyle karşı karşıya kalacağından, bu nedenle azami ikinci bir zamanaşımının getirildiğinden bahsedilmiş ama altı yıllık zamanaşımının da yine “riskin gerçekleşme tarihi”nden başlatıldığı ifade edilmiştir. Riskin gerçekleşmesi tabiri iki seferde de aynı anlamda kullanılmışsa, altı yıllık zamanaşımı süresi bakımından da sigortacı sonsuz bir süre dava baskısı altında kalacak demektir.

Dolayısıyla Gerekçe’de iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından ilk kullanımında riskin gerçekleşmesi tabiri ile muacceliyetin gerçekleşmesinin bir şartı olarak; maddi veya şahsi bir “zararın ortaya çıkması ve / veya tespit edilmesi”nin ifade edildiği açıktır. Nitekim kullanılan “sigortadan faydalanan kimsenin rizikonun gerçekleştiğini, olay tarihinden ... beş yıl sonra öğrenmesi” ifadesi, riskin gerçekleşmesi tabiri ile zararın varlığına, olay tarihi tabiri ile de risk olayına işaret edildiğini açıkça göstermektedir. Gerekçe’de altı yıllık zamanaşımı süresi bakımından riskin gerçekleşmesi tabirinin ikinci kullanımında ise kastedilen; “risk olayı”, metinde kullanıldığı şekliyle “olay tarihi”dir.

Kısaca, bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere altı yıllık zamanaşımının getirilmesinin nedeni; iki yıllık sürenin başlangıcının, zararın ortaya çıkmasına ve / veya tespitine bağlı olarak ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan muacceliyet tarihine bağlanmış olması karşısında, gerçekleşip gerçekleşmediği daha kolay tespit edilebilecek olan risk olayına bağlandığı için başlama tarihi de daha kesin ve kolayca tespit edilebilecek azami ikinci bir süreyle, sigortacının sonsuza kadar tazminat ödeme baskısından kurtarılmasıdır. Gerçekten, tacir olan sigorta şirketlerinin varlıklarının devamı ve kârlılıklarının sürdürülmesi, öngörülebilir bir muhasebeye sıkı sıkıya bağlı olacaktır. Bu nedenle karşı karşıya kalacakları sigorta bedeli ve tazminatı taleplerinin azami bir süreyle sınırlandırılmasının hakkaniyete uygun olmadığı söylenemez⁴⁹.

48 ‘Madde Gerekçeleri’, s. 408 (1420. md) <<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf>>. Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.

49 Nitekim zamanaşımı getirilmesinin temel nedenlerinden birisi hukuk güvenliği bakımından, davalıların belli olmayan bir süre için dava açılma baskısı altında kalmasının önüne geçmektir. Bkz Ayşe Havutçu, ‘Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı’(2012) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579, 582; Deborah Hutchins Combs, ‘Statutes of Limitations in Occupational Disease Cases: Is Locke V. Johns-Manville A Viable Alternative To The Discovery Rule?’ (1982) 39 Washington & Lee Law Review 263, 263, n. 1.

Bu nedenle altı yıllık zamanaşımı süresi bakımından riskin gerçekleştiği anın; sigorta sözleşmesinde tanımlanmış risk olayının gerçekleştiği an olduğunun kabulü yerinde olacaktır⁵⁰. Ancak altı yıllık zamanaşımı süresi bakımından risk olayının gerçekleştiği anın, riskin gerçekleştiği an olarak kabulü, gerçekleşen risk olayının sonucunda bir zararın ortaya çıkması koşuluna bağlı olacaktır. Zira risk olayı gerçekleştikten sonra ortaya bir zarar çıkmadığı sürece, bir sigorta tazminatı veya (zarar sigortasıyla benzer bir mantıkla işleyen meblağ sigortaları bakımından) sigorta bedeli alacağının varlığından, dolayısıyla işleyecek bir zamanaşımından bahsedilemez.

Öte yandan, sorumluluk sigortaları için 10 yıllık bir süre öngörülmüşken, aynı şekilde zararın, risk olayının gerçekleşmesinden çok sonra çıkmasının mümkün olduğu zarar ve ferdi kaza sigortası gibi can / meblağ sigortaları için neden sadece altı yılla sınırlandırıldığı tartışmaya açıktır⁵¹.

VI. DAİMİ MALULİYET TEMİNATI BAKIMINDAN “RİSKİN GERÇEKLEŞMESİ” TABİRİNİN YORUMU VE RİSKİN GERÇEKLEŞTİĞİ AN

Bir önceki başlıkta yapılan genel açıklamaların ardından, artık çalışmanın asıl konusu olan daimi maluliyet teminatı bağlamında, sigorta bedeli alacağının muacceliyeti ve zamanaşımı sürelerine başlangıç olması bakımından, TTK 1420 ve 1427. maddelerde anılan ”riskin gerçekleşmesi” tabiriyle kastedilenin ne olduğu hususu değerlendirilmelidir

FKSGŞ'nin 8/B. maddesine göre sigortacı, daimi maluliyet teminatı bakımından poliçe ile temin edilen kaza, sigortalının derhal veya kaza tarihinden itibaren iki sene zarfında daimi surette maluliyetine sebebiyet verdiği takdirde, tıbbi tedavinin sona ermesini ve daimi maluliyetin kat'i surette tespitini müteakip ödeme yapmakla yükümlü olacaktır. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere sigortalının, sigorta bedelini ödemekle yükümlü olması için bir kazanın gerçekleşmesi ve bu kaza neticesinde sigortalının daimi olarak malul kalması gerekmektedir. Bir başka ifade ile bir kaza olayı gerçekleşmiş olsa da bu olay neticede sigortalının daimi bir şekilde maluliyetine yol açmazsa, sigortalının bir ödeme borcu da doğmayacaktır.

Aslında bu durum yani sigortalının ödeme borcunun doğması için kaza neticesinde sigortalının daimi olarak malul kalması koşulu, zarar sigortalarında aranan bir zararın doğması koşuluna paralel bir durumdur. Şöyle ki:

50 Bu kabul Türk Borçlar Kanunu'nun tazminat isteminin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağını söyleyen 72. maddesindeki mantığa da uygundur. Keza Yargıtay'ın on yıllık zamanaşımı süresini de zararın doğumuna bağladığı içtihatları doktrinde eleştirilmektedir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz Havutçu (n 49) 579 vd; Yıldırım Akkayan, 'Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2016) LXXIV(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 185, 191 vd.

51 Gerçi madde gerekçesinde altı yıllık sürenin gaiplik hali dikkate alınarak belirlendiğinden bahsedilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 33/1. maddesine göre gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir. Altı yıllık süre bu bakımdan uygun olabilir. Ancak zararın risk olayının (tehlikenin) gerçekleşmesinden sonra ortaya çıktığı haller gaiplikle sınırlı değildir.

Borçlar hukukunda geniş anlamda zarar kavramı ile maddî ve manevî zararı kapsayacak şekilde, “kişinin mal varlığında veya şahıs varlığında, iradesi dışında meydana gelen eksilme” anlatılır⁵². Bunlardan maddî zarar (dar anlamda zarar / mal varlığı zararı), kişinin iradesi dışında mal varlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır⁵³. Bu eksilme de mal varlığının aktif kısmındaki azalma veya pasif kısmındaki bir artış şeklinde olabilir⁵⁴. Nitekim sigortacının ödeme borcunun doğması için risk olayının gerçekleşmesinin yanı sıra, bir zararın da doğmasının şart olduğu zarar sigortalarında bahsi edilen zarar esas olarak; yangın vb mal sigortalarında olduğu gibi ya sigortalının mal varlığının aktifindeki eksilmeye veya sorumluluk sigortalarında olduğu gibi sigortalının tazminat sorumluluğu nedeniyle mal varlığının pasifinde ortaya çıkan artışa tekabül eden maddî zararlardır⁵⁵. Hatta bu tür sigortalarda zarar, aynı zamanda sigortacının tazminat ödeme borcunun sınırını da çizer⁵⁶.

Buna karşılık manevî zarar, kişinin şahıs varlığında, iradesi dışında ortaya çıkan eksilmedir⁵⁷. Şahıs varlığı, hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, özgürlüğü, onuru gibi kişinin, kişi olarak sahip olduğu ve hukukça korunan kişilik değerlerinin bütünü olarak tanımlanmaktadır⁵⁸. Bunlardan vücut bütünlüğünün de fizikî bütünlük yanında, ruhsal bütünlüğü ve sağlığı kapsadığı ifade edilmektedir. Bu yönden, kişinin bir uzvunu daimî olarak kaybının bir yandan fiziksel bütünlüğünde, diğer yandan acı ve elem olarak ruhsal bütünlüğünde ortaya çıkacak eksilme nedeniyle bir “zarar” olduğu kabul edilir⁵⁹. İşte borçlar hukukunda “manevî zarar” olarak görülen bu hal, sigorta hukukunda “şahsa ilişkin zarar” veya “cismanî zarar” kavramıyla anılır⁶⁰. Yani daimî maluliyet teminatı bağlamında sigortacının, sigorta bedelini ödeme borcunun doğmasının bir koşulu olarak varlığı aranan maluliyet hali, esasında bir “zarar” halidir⁶¹.

Hatta doktrinde maluliyet teminatı bakımından, başlangıçta “cömert ve makul” ölçülerle tespit edilecek zarar (tazminat) sigortası esaslarının kabul edildiği, ancak insan hayatı gibi, bedenine veya bedeninde meydana gelen eksilmelere parasal bir değer biçmenin, rölativist uygulamalara yol açacağı gerekçesiyle, meblağ sigortası esaslarının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıldığı ifade edilmektedir⁶². Bu nedenle daimî maluliyet teminatında kaza sonucu ortaya çıkan maluliyet hali için parasal bir değer biçilmeden, sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenir⁶³.

52 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Yetkin Yayınları 2015) 521.

53 Eren (n 52) 521.

54 Eren (n 52) 522.

55 Şenocak (n 12) 60 vd; Sevilyay Eroğlu, *Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Kùlfeti* (Seçkin Yayıncılık 2005) 56.

56 Ünán, *Hayat Sigortası* (n 12) 14 vd.

57 Eren (n 52) 531.

58 Eren (n 52) 531 vd.

59 Eren (n 52) 534 - 535.

60 Şenocak (n 12) 421 vd.

61 Örneğin Kayıhan ve Günergök, kaza sigortasında riskin, kazanın gerçekleşmesi sonucunda sigortalının bedeninde bir zarara yol açmış olması şeklinde belireceği ve bu zararın sigortalının sağlık durumunun bozulması, fiziksel fonksiyon ve hareketlerinin azalması veya tamamen bozulması olduğunu ifade etmektedirler. Bkz (n 12) 228.

62 Aktaş (n 16) 16 vd.

63 Ayrıca Genel Şartlar'a göre sigorta bedelinin 8/B maddesinde yer alan cetveldeki oranlara göre ödenecek olması da insan bedenine bir değer biçilmesi olarak görülemez. Zira taraflar sigorta bedelini diledikleri gibi belirleyebilirler.

Dolayısıyla, nasıl ki zarar sigortalarında riskin gerçekleşmiş sayılması için bir zararın varlığı gerekliyse, benzer şekilde daimi maluliyet teminatı bağlamında da sigorta bedeli alacağının muacceliyet kazanmasına ve iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcına esas olmak üzere, TTK'nin 1420 ve 1427. maddelerinde anılan "riskin gerçekleşmesi" tabiriyle; bir kazanın gerçekleşmiş olması değil, sigortalının kaza niteliğindeki bir olay neticesinde daimi olarak malul kalması halinin kastedildiğinin, riskin de daimi maluliyetin tespit edildiği an itibarıyla gerçekleştiğinin kabulü gerekir⁶⁴.

Nitekim doktrinde Ulaş tarafından da "insanın dışından ve onun bilinçli davranışı dışında ani ve şiddetli olarak gelişen olay o insanın bedeninde bir zarar oluşturduğu takdirde can sigortası hukuku yönünden kazanın oluştuğunun kabul edileceği" ifade edilmektedir⁶⁵.

Gerçi, bir önceki başlık altında değinildiği üzere, sonraki bir tarihte de olsa daimi maluliyet halinin ortaya çıkması ve / veya tespiti koşuluyla, riskin geçmişe etkili olarak kaza tarihinde gerçekleştiği de kabul edilebilir. Keza yukarıda yer verilen ve muacceliyet dolayısıyla iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından riskin kaza tarihinde gerçekleştiğini kabul eden mahkeme kararlarında aslında bu tür bir varsayım söz konusudur.

Tabii bu durumda –yine yukarıda değinildiği üzere- sigorta bedeli alacağının, muacceliyeti ve buna bağlı olarak iki yıllık zamanaşımı süresini kaza tarihinden itibaren başlatmak gerekecektir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; sigortalının 03.01.2022 tarihinde gerçekleşen kaza neticesinde, gördüğü tedaviye rağmen ancak 30.12.2023 tarihinde verilen raporla daimi olarak malul kaldığı tespit edilebilmiştir. TTK'nin 1446. maddesi uyarınca kazanın ihbarı 04.01.2022 tarihinde yapılmıştır. Bu durumda, TTK'nin 1427/2. maddesi uyarınca sigorta bedeli alacağı, 20.01.2022 itibarıyla muacceliyet kazanmış olacak, 1420. madde uyarınca iki yıllık zamanaşımı süresi de bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak bu iki yıllık süre içinde daimi maluliyetin tespit tarihi itibarıyla, sigortalıya sadece yaklaşık bir aylık süre kalmış olacaktır. Zira bu tespitten önce açılacak dava daimi maluliyetin yokluğu nedeniyle reddedilecektir. Bu durumun sigorta bedelini talep hakkının kullanımını büyük bir güçlüğü sokacağı açıktır. Kaldı ki ne TTK'de ne Genel Şartlar'da böyle bir kabule dayanak olacak bir düzenleme de yoktur.

64 61 no'lu dipnotta ifade edildiği üzere yazarlar kaza sigortasında riskin, kazanın gerçekleşmesi sonucunda sigortalının bedeninde bir zarara yol açmış olması şeklinde belireceğini kabul etmektedir. Buna rağmen, iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından, hayatın olağan akışına göre kazaya uğrayan sigorta ettiren veya sigortalının ihtimallere göre kazanın gerçekleştiğini öğrenmiş sayılacakları ve iki yıllık zamanaşımı süresinin de muacceliyet tarihinden itibaren başlayacağını ifade etmektedirler. Bu ifadeler, yazarların iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından, sigorta bedeli alacağına ilişkin muacceliyetin sigorta ettiren veya sigortalının kazayı sigortacıya ihbar tarihi itibarıyla TTK'nin 1427. maddesi uyarınca on beş gün sonra gerçekleşeceğini kabul ettikleri şeklinde yoruma müsaittir. Nitekim kazanın olduğunun öğrenilemediği ve sigorta şirketine bu yönde bir ihbarda da bulunulmadığı durumlarda, altı yıllık uzun zamanaşımı süresinin kazanın gerçekleştiği tarihten itibaren başlaması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Bkz. Kayıhan ve Günergök (n 12) 228 – 241.

65 Görüleceği üzere Yazar'a göre kaza, risk olayının gerçekleştiği tarihte değil, risk olayının sigortalının maluliyetine sebep vermesi durumunda gerçekleşmiş sayılabilir. Bu ifadeler karşısında Yazar'ın sigorta bedeli alacağının muacceliyet kazanması ve iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcına esas olması bakımından riskin de maluliyet tarihinde gerçekleştiğini kabul ettiği varsayılabilir. Bkz Ulaş (n 15) 171.

Ancak altı yıllık zamanaşımı süresi bakımından bir önceki başlık altında açıklanan gerekçelerle, riskin kaza tarihi itibarıyla gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir.

VII. DAİMİ MALULİYETİN VE GERÇEKLEŞTİĞİ ANIN TESPİTİ

TTK'nin 1420. ve 1427. maddeleri bağlamında, daimî maluliyet teminatına ilişkin sigorta bedeli alacaklarının muacceliyeti ve iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcına esas olması bakımından, riskin gerçekleşmesi tabiriyle; sigortalının bir kaza neticesinde daimî olarak malul olması halinin anlatıldığı kabul edildiğinde, iki husus öne çıkar: Daimî maluliyet kimin tarafından ve ne şekilde tespit edilecektir ve buna bağlı olarak ne zaman gerçekleşmiş sayılacaktır?

Öncelikle daimî maluliyetin tespitinin temel olarak, maluliyet halinin süreklilik arz edip etmediği ve süreklilik arz ediyorsa bunun derecesinin ne olduğuna dair tespiti içereceği kolaylıkla söylenebilir. Ancak Genel Şartlar'da sigortalının maluliyetinin hangi koşullar altında daimî olduğunun kabul edileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur.

Bu çerçevede, konuya ilişkin olduğu söylenebilecek iki yönetmelikten bahsedilmesi gerekir. Bunlardan ilki "Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği"⁶⁶, diğeri ise "Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik"⁶⁷ (EEDH Yönetmelik).

Genel Şartlar'ın "daimî maluliyet nispetlerinin tayininde sigortalının meslek ve sanatının nazarı itibara alınmayacağını söyleyen 8/B maddesinin 3. bendindeki düzenleme nedeniyle, maluliyetin sürekliliğinin ve oranının tespitinde, ilk Yönetmelik'in dikkate alınamayacağı söylenmelidir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde verdiği kararlar vardır⁶⁸. Dolayısıyla bu konudaki tespit ancak EEDH Yönetmelik'e göre yapılabilecektir. Anılan Yönetmelik'in 11. maddesinde, verilecek raporların sürekli veya süreli olarak düzenlenebileceği, kişinin engel durumunun sabit kalması veya artması söz konusu olan hastalıklar için sürekli rapor düzenleneceği belirtilmiştir. Daimî maluliyetin varlığı ve derecesi ise Yönetmelik hükümleri ve ekinde yer alan kılavuz ve tabloya göre tespit edilecektir (m. 10/3, 4 ve 5; geçici m. 2).

66 RG 11.10.2018/27021.

67 RG 20.02.2019/30692.

68 "Diğer taraftan; ferdi kaza sigorta poliçesinden sürekli maluliyet sebebiyle yapılacak ödemelerde; zarar görenin uğradığı maluliyetin belirlenmesi ile zarar görenin çalışma gücündeki azalmayı ifade eden genel maluliyet derecesinin belirlenmesi işlemleri farklıdır." Bkz Yargıtay 17 HD, E 2016/7667 K 2019/2565, 06.03.2019.

"Ferdî Kaza Sigortası Genel Şartları'nın 8/B maddesinin 3. bendinde "daimî maluliyet nispetlerinin tayininde sigortalının meslek ve sanatı nazarı itibara alınmaz" düzenlemesi yapılarak maluliyet tespitinde zarar görenin mesleğinin etkili olmayacağı kabul edilmiştir. Davacının daimî maluliyet oranının belirlenmesi konusunda mahkemenin hükme esas aldığı 26.06.2015 tarihli bilirkişi heyeti raporunda ise; Çalışma ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Tespit İşlemleri Yönetmeliği hükümlerine göre ve davacının mesleği motorlu araç şoförlüğü kabul edilerek maluliyetin % 18 olarak belirlendiği görülmektedir. Esas alınan bu rapordaki maluliyet oranı tespiti, Ferdî Kaza Sigortası Genel Şartları'nın yukarıda anılan maluliyet belirleme biçimine uygun olmadığından, mahkemenin bu husustaki araştırması yetersizdir." Bkz Yargıtay 17 HD, E 2019/1997 K 2019/12302, 23.12.2019.

"Maluliyetin varlığı ve oranının usulüne uygun şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlenmenin ise ... 01.06.2015-20.02.2019 tarihleri arası Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik, 20.02.2019 tarihinden sonra Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir." Bkz Yargıtay 4 HD, E 2021/2558 K 2021/2769, 10.6.2021.

Diğer yandan EEDH Yönetmelik'te daimi maluliyet halinin “engellilik sağlık kurulları” tarafından tespit edileceği öngörülmüş, bu kurulların teşkili ve çalışma usulü de belirlenmiştir (m. 6). Bu çerçevede 7. maddede, Yönetmelik kapsamında belirtilen raporları düzenlemeye yetkili sağlık kurum ve kuruluşları ile hakem hastanelerin Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenip ve Bakanlık'ın internet sitesinde yayımlanacağı, yetkili olmayan sağlık kurum ve kuruluşları ile 6. maddede belirtildiği şekilde sağlık kurulunu teşkil edemeyen sağlık kurum ve kuruluşlarının verdiği raporların kurumlarca değerlendirmeye alınamayacağı da düzenlenmiştir.

Bununla birlikte Yargıtay'ın daimi maluliyetin tespitinin, mutlaka EEDH Yönetmelik'te öngörülen engellilik sağlık kurulları tarafından yapılması gerektiğine ilişkin bir tutumu yoktur. Yüksek Mahkeme uyuşmazlık konusu maluliyetin türü bakımından uzman olması ve daimi maluliyet oranının tespitinin Genel Şartlar'ın 8. maddesinde yer alan cetvele göre yapılması koşuluyla, mahkeme tarafından atanan tek doktor bilirkişi tarafından verilen raporları da yeterli görmektedir⁶⁹. Bu hususa ilişkin olarak Genel Şartlar'da ise sadece 15/2. maddede, tarafların uyuşamadıkları takdirde tazminat miktarının gerek daimi maluliyet halinin sebepleri, gerek maluliyetin derecesi gibi ödenecek sigorta bedelinin miktarının tespitine etkili maddi unsurlar göz önünde bulundurulmak suretiyle, hakem bilirkişi marifetiyle tespit edileceği belirtilmiştir. Bilindiği üzere hakem bilirkişiler uyuşmazlığın hukuki yönüyle ilgilenmeyen, sadece zarar miktarı konusunda karar veren kişilerdir⁷⁰. Bu yönden, Genel Şartlar'da daimi maluliyet teminatı bakımından hakem – bilirkişinin tıp doktoru olması gerektiğine dair bir tespit yoktur. Ancak işin özelliği gereği başkasının hakem bilirkişi tayinine de olanak yoktur.

Bu kapsamda bir başka çelişki de Genel Şartlar'ın sigorta bedelinin 8/B maddesinde yer alan cetveldeki oranlara göre ödeneceğini öngören düzenlemesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Zira Yargıtay bir yandan daimi maluliyetin varlığı ve derecesine ilişkin tespitini EEDH Yönetmelik hükümlerine göre yapılmasını kabul ederken, bir yandan da bu düzenleme nedeniyle haklı olarak, ödenecek sigorta bedelinin tespitinde 8/B maddesinde yer alan cetvele göre hesaplama yapılmasını beklemektedir. Hatta EEDH Yönetmelik'e göre yapılan hesaplamaları kabul eden kararları bozmaktadır⁷¹. Oysa EEDH Yönetmelik'in ekinde yer alan ve maluliyetin daimiliğinin ve oranının tespitinde kullanılacak

69 “Ancak hükme esas alınan İzmir Adli Tıp Şube Müdürlüğü raporu ve tek kişilik Adli Tıp uzmanı raporunda, davacının dava konusu kazadan kaynaklı yaralanmasındaki psikiyatrik değerlendirmeleri yapacak uzman doktorun bulunmadığı anlaşılmıştır. Buna göre davacının yaralanmadan kaynaklı maluliyetinin tespiti için ... içerisinde nöroloji-psikiyatri uzmanının da bulunduğu doktor bilirkişi heyetinden Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'na ekli cetvellere göre sakatlık oranı belirlenerek ödemesi gereken meblağın tesbiti için denetime elverişli rapor alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Bkz Yargıtay 17 HD, E 2019/4412 K 2020/7531, 24.11.2020.

70 Hakem – bilirkişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz A Rezzan Selçuk Barış, ‘Genel Hatlarıyla Sigorta Hukukunda Hakem – Bilirkişi Müessesesi’ (1994) (1) İzmir Barosu Dergisi 31, 31 vd.

71 “Mahkemece hükme esas alınan 15.01.2019 tarihli hesap bilirkişi raporunda; Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesince düzenlenen 12/09/2019 tarihli rapora göre davacının % 20,2 olarak tespit edilen maluliyet oranının poliçe teminat limitine oranlanması suretiyle hesaplama yapıldığı ve Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'nın 8/B maddesindeki esaslara göre bir hesaplamayı içermediği görülmektedir. Bu durumda mahkemece; öncelikle doktor bilirkişisinden, davacının yaralanmasının Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları 8/B maddesindeki cetvelde yer alan esaslara göre maluliyetinin belirlenmesi sonra davacının talep edebileceği tazminat miktarının saptanması için rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, tamamen hatalı tespitleri içeren rapora göre karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Bkz Yargıtay 17 HD, E 2019/2106 K 2020/4441, 07.07.2020.

olan Ek-2 Alan Klavuzu ve Ek-3 Hesaplama Tablosu'nda yer verilen kriter ve esasların, Genel Şartlar'ın 8/B maddesinde yer verilen cetveldeki kriter ve esaslardan farklı olduğunun altı çizilmelidir. Nitekim uygulamada, daimî maluliyetin tespitiyle ilgili olarak sigorta şirketleri tarafından sözleşmelere eklenen özel şartlarla bu konudaki tespitın "EEDH Yönetmelik uyarınca alınacak sağlık kurulu raporuyla yapılabileceği belirtilmekte ve ödenecek sigorta bedeli de bu raporda yer alan daimî maluliyet yüzdesine göre tespit edilmektedir. Örnek vermek gerekirse sözleşmede sigorta bedeli 50.000 TL, alınan raporda daimî maluliyet oranı % 25 ise 25.000 TL ödeme yapılmaktadır.

Tabii sigorta bedeli alacağının muacceliyeti ve buna bağılı olarak iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından asıl önemli olan husus, daimî maluliyetin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin sorunun cevaplanmasıdır.

Ne yazık ki bu hususta da Genel Şartlar'da açık bir tespit yoktur. Nitekim Genel Şartlar'ın 8/B maddesinde yer alan ve sigortacının "daimî maluliyetin kat'i surette tespitini müteakip" ödeme yapacağını belirten düzenleme, daimî maluliyetin kesin olarak ne zaman tespit edilmiş sayılabileceğine ilişkin bir açıklık içermez. Ancak, ister EEDH Yönetmelik'in öngördüğü üzere bir kurul tarafından ister Yargıtay kararlarında anıldığı üzere bir bilirkişi veya heyeti tarafından yapılsın, daimî maluliyet hali sadece uzmanı tarafından yapılacak tespitle ortaya koyulabilir. Bu yönden daimî maluliyet halinin dolayısıyla riskin ancak, bu konudaki tespiti içeren yetkili merciden alınan rapor tarihi itibarıyla gerçekleştiği kabul edilmeli, muacceliyet ve buna bağılı olarak iki yıllık zamanaşımı süresi de bu rapor tarihine göre belirlenmelidir. Zira Yargıtay'ın riskin, daimî maluliyet tarihinde gerçekleştiğini kabul ettiği kararlarında bu husus da açık bir şekilde ortaya konmaktadır⁷².

SONUÇ

Sigorta hukukunda, gerek teorisyen gerek pratisyenleri en çok zorlayan hususlardan birisi sigorta sözleşmesinde tarif edilen risk olayı ile bu olayın sonucu olarak ortaya çıkacak zararın farklı zamanlarda gerçekleştiği durumlarıdır. Zira bu gibi durumlarda, riskin hangi an itibarıyla gerçekleşmiş sayılacağı, buna bağılı olarak sigorta bedeli veya tazminatı alacağına ilişkin zamanaşımı sürelerinin hangi an itibarıyla başlayacağı sorularının cevaplanması gerekir.

Bu yönden ferdi kaza sigortası kapsamında sağlanan daimî maluliyet teminatında, sigortalının daimî olarak malul kalmasına yol açan kaza ile daimî maluliyet halinin ortaya çıkması ve / veya tespit edilmesi arasında zaman farklılığının olduğu durumlarda, TTK'nin 1420. maddesinde düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresinin kaza tarihi mi yoksa daimî maluliyetin tespit tarihi itibarıyla mı başlatılacağına dair bir sorunun olduğu ve mahkemelerin birbiriyle çelişen kararlar verdiği görülmektedir.

72 " ... davacının maluliyetine ilişkin tespitın 10.07.2013 tarihli adli tıp uzmanı raporuyla saptanabildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Açıklanan vakıalar karşısında mahkemece; Ferdî Kaza Sigortası Genel Şartları'nın 8/B maddesi ile davalının düzenlediği poliçenin özel şartı gereği, davacının daimî maluliyetinin kesin surette tespitiyle birlikte poliçe kapsamında tazminat talep hakkının muaccel hale geldiği; bu tarihin de 10.07.2013 olduğu; eldeki davanın açıldığı tarih itibarıyla 2 yıllık zamanaşımı süresinin aşılması ... " Yargıtay 17 HD, E 2016/14460 K 2019/6777, 27.05.2019.

Gerçi bu kararların bir kısmında, benim de savunduğum şekilde iki yıllık zamanaşımı süresi daimi maluliyetin tespit edildiği tarih itibarıyla başlatılmıştır. Ancak mahkemeler bu sonuca esas olarak Genel Şartlar'ın; sigorta bedelinin, sigortalının derhal veya kaza tarihinden itibaren iki sene zarfında daimi surette maluliyetine sebebiyet verdiği takdirde tıbbi tedavinin sona ermesini ve daimi maluliyetin kat'i surette tespitini müteakip, ödeneceği belirtilen 8/B maddesine dayanarak varmaktadır.

Gerçekten de Genel Şartlar'ın 8/B maddesinde, daimi maluliyet teminatı bakımından sigortacının, sigorta bedelini ödeme borcunun doğması için varlığı aranacak koşullar ortaya koyulmuştur. Bununla birlikte zamanaşımının ne zaman başlayacağına ilişkin bir mesele, esas olarak TTK'nin zamanaşımı sürelerini düzenleyen 1420. ve buna bağlı olarak sigorta bedeli alacaklarının muacceliyetini düzenleyen 1427/2. maddeleri bağlamında ele alınmalıdır. Bu doğrultuda, anılan düzenlemelerde zamanaşımı sürelerinin başlangıcı bakımından ön koşul olarak belirlenen "riskin gerçekleşmesi" tabirinin yorumlanması, buna bağlı olarak riskin gerçekleştiği anın tespiti gerekir.

Doktrinde sigorta sözleşmesinin yapıldığı sırada muhtemel olan olayın "risk olayı", risk olayının gerçekleşme ihtimalinin ise "tehlike" olarak adlandırıldığı görülmektedir⁷³. Sigortacının, sigorta tazminatını veya bedelini ödeme borcunun doğması için risk olayının yani tehlikenin gerçekleşmesi gereklidir, ancak yeterli değildir. Özellikle zarar sigortaları bakımından, gerçekleşen risk olayının sigortalıyı bir zarara uğratmış olması da gerekir. Bu durum daimi maluliyet hali için de geçerlidir. Bu teminat bakımından risk olayını ifade eden kaza gerçekleşmiş de olsa, sigortalı daimi olarak malul kalmadığı sürece sigortacının sorumluluğu doğmaz. Dolayısıyla daimi maluliyet teminatında, sigorta bedeli alacaklarının muacceliyet kazanmasına, buna bağlı olarak iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcına esas yapılan "riskin gerçekleşmesi" tabiri ile sigortalının kaza neticesinde daimi olarak malul kalması halinin anlatıldığı, buna bağlı olarak riskin gerçekleştiği anın da sigortalının daimi maluliyetinin uzmanlarca hazırlanmış sağlık raporuyla tespit edildiği an olduğu kabul edilmelidir.

Zira iki yıllık zamanaşımı süresi bakımından, riskin kaza tarihinde gerçekleştiğinin kabulü, TTK 1427. madde uyarınca muacceliyetin kaza tarihi esas alınarak hesaplanmasına, bu ise daimi maluliyetin kaza tarihinden itibaren çok sonra ortaya çıktığı ve / veya tespit edilebildiği durumlarda, sigortalının sigorta bedelini alamamasına yol açacaktır.

Ancak altı yıllık zamanaşımı bakımından, TTK'nin 1420. maddesinde kullanılan "riskin gerçekleşmesi" tabiriyle, risk olayının yani kazanın gerçekleşmesinin anlatıldığı, dolayısıyla bu zamanaşımı süresi bakımından riskin, kaza tarihinde gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir. Zira bu ikinci zamanaşımı süresinin getirilmesinin nedeni, sigortalının yararına olarak iki yıllık zamanaşımı süresinin muacceliyet tarihi esas alınarak başlatılmasına karşı, sigortacının belirsiz bir süre sorumlu kalmasını önleyerek menfaatler dengesinin kurulmasıdır.

Diğer yandan, bir sonuç olarak Genel Şartlar'ın daimi maluliyete ilişkin düzenlemelerinin de eleştirisi yapılmalıdır. Öncelikle bu teminata ilişkin 8/B maddesi, farklı yorumlara izin vermeyecek

73 Kaner (n 39) 303 vd – 319.

şekilde daha anlaşılır olarak yeniden yazılmalıdır. İkinci olarak gerek daimî maluliyetin kimin tarafından tespit edilebileceği gerek bunun derecesinin ne şekilde tespit edileceği hususlarında “EEDH Yönetmelik’te yer alan düzenlemelerle, Genel Şartlar arasında ortaya çıkan uyumsuzluğun giderilmesi gerekir. Bu yönden, EEDH Yönetmelik uyarınca yapılacak tespitlerin, Genel Şartlar’a göre yapılacak tespitlere göre denetime çok daha elverişli olacağı düşüncesindeyim. Zira EEDH Yönetmelik’te daimî maluliyetin, kurullar vasıtasıyla yapılacağı düzenlenmiştir ki bu kurulların oluşturulma koşulları da bellidir. Dahası EEDH Yönetmelik’te maluliyetin derecesinin tespitinde kullanılacak kriterler bakımından da çok daha ayrıntılı ve bilimsel düzenlemeler getirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Agrawal, GB, ‘Asbestosis: Who Will Pay The Plaintiff?’ (1983) 57 Tulane Law Review 1491 – 1563.
- Akgün E, *Ferdî Kaza Sigortası Sözleşmesi* (1. Baskı, XII Levha Yayıncılık 2017).
- Akkayan Yıldırım A, ‘Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2016) LXXIV(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 185 – 219.
- Aktaş M, *Ferdî Kaza Sigortaları* (Çeltüt Matbaacılık, İstanbul 1972).
- Andrea NR, ‘Exposure, Manifestation of Loss, Injury-in-Fact, Continuous Trigger: The Insurance Coverage Quagmire’ (1994) 21(3) Pepperdine Law Review 813 - 856.
- Bozer A, *Sigorta Hukuku* (1. Baskı, BATİDER Yayınları 1965).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Yetkin Yayınları 2015).
- Eroğlu S, *Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti* (Seçkin Yayıncılık 2005).
- Gimigliano SV, ‘The Calculus of Insurer Liability in Asbestos-Related Disease Litigation: Manifestation + Injurious Exposure - Continuous Trigger’ (1982) 23(4) Boston College Law Review 1141 – 1175.
- Havutçu A, ‘Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı’ (2012) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579 – 605.
- Hutchins Combs D, ‘Statutes of Limitations in Occupational Disease Cases: Is Locke V. Johns-Manville A Viable Alternative To The Discovery Rule?’ (1982) 39 Washington & Lee Law Review 263 – 283.
- Kaner İ, ‘Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike ile İlgili Görevleri’ (1994) LIV İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 303 – 319.
- Kayhan Ş ve Günergök Ö, ‘Kaza Sigortaları’ (2020) 5(9) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221 – 246.
- Kender R, *Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku* (17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Memiş T, ‘Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler’, (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1931 – 1943.
- Memiş T, *Yangın Sigortasında Riziko* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2001).
- Omağ, MK, *Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefiyeti* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2011).
- Rosow, MB and Liederman, AJ, ‘An Overview to the Interpretative Problems of “Occurrence” in Comprehensive General Liability Insurance’ (1981) 16(5) The Forum 1148 – 1174.
- Sayhan İ, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu* (Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım 2001).
- Selçuk Barış AR, ‘Genel Hatlarıyla Sigorta Hukukunda Hakem – Bilirkişi Müessesesi’ (1994) (1) İzmir Barosu Dergisi 31 - 35.

- Şenocak K, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan Kitabevi 2000).
- Taşkın M, *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Ulaş I, *Uygulamalı Can Sigortası Hukuku* (2. Bası, Turhan Kitabevi 2002).
- Ünan S, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Baskı, Beta Yayın Dağıtım 1998).
- Ünan S, *İsteğe Bağlı Sorumluluk Sigortasında Riziko* (1. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım 1998).
- Ünan S, 'Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler' (2005) (I) Sigorta Hukuku Dergisi 109 – 197.
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, C. III (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Yazıcıoğlu E ve Şeker Oğuz Z, *Sigorta Hukuku* (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2022).
- Yongalık A, *Çevre Sorumluluk Sigortası* (BATİDER Yayınları 1998).

İNTERNET KAYNAKLARI

- 'Madde Gerekçeleri' <<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2023.
- 'Showing You Have a Permanent Injury is Required When No-Fault Insurance is Involved' (Brill & Rinaldi) <<https://www.forpeopleforjustice.com/showing-permanent-injury-required-no-fault-insurance-involved/>> Accessed 29 January 2023.
- Ins. Co N. America V. Forty-Eight Insulations, 633 F.2d 1212 (6th Cir. 1980) (Casetext) <<https://casetext.com/case/ins-co-n-america-v-forty-eight-insulations>> Accessed 23 December 2022.

Yalnız Kalma Hakkı

Right To Be Let Alone

Hakkı Mert DOĞU* 

ÖZ

Yalnız kalma hakkı, kişiye gizli bir alanın tanınmasını sağlayan ve bunun korunması imkânını veren bir hak olarak tanımlanabilir. Yalnız kalma hakkına ilişkin değerlendirmeler yapılırken özel hayat, özel hayatın gizliliği ve mahremiyet haklarından faydalanılması gerekmektedir. Nitekim tarihsel süreçte de yalnız kalma hakkı ile söz konusu hakların birbirini etkilediği; aralarında sıkı bir ilişkinin olduğu görülmektedir. Ancak zamanla bu ilişki tamamen ortadan kalmasa da zayıflamış; yalnız kalma hakkı kendine has özellikleriyle bu haklardan ayrılmaya başlamıştır.

Yalnız kalma hakkı, bütün özgürlüklerin başlangıcı ve temelini oluşturmaktadır. Ayrıca yalnız kalma hakkının kişinin kendi iç dünyasıyla baş başa kalması şeklinde ortaya koyulması da mümkündür. Bu sebeplerden hareketle yalnız kalma hakkının, ayrı bir kişilik hakkı olarak kabul edilmesi yanlış olmaz.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakkı, Kişinin Hayat Alanı, Yalnız Kalma Hakkı, Kişilik Haklarına Müdahale, Özel Hukuk.

ABSTRACT

The right to be let alone can be defined as a right that allows a person to have a confidential area and the opportunity to protect it. When making evaluations regarding the right to be let alone, the rights to private life, privacy and confidentiality should be taken into consideration. As a matter of fact, in the historical process, it can be observed that the right to be let alone and the rights in question have affected each other and that there is a close relationship between them. However, over time, although this relationship did not disappear completely, it weakened; the right to be alone has begun to differ from these rights with its unique characteristics.

Keywords: Personality Right, Person's Life Space, Right to be Let Alone, Interference with Personality Rights, Private Law.

* Doç. Dr., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, mert.dogu@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4695-9623.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hakkı Mert DOĞU

E-posta/E-mail: mert.dogu@karatay.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 18.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 24.04.2024

GİRİŞ

Kişinin özel hayatı ve özel hayatının korunması tüm hukuk sistemlerinde her zaman için önemli bir yere sahip olmuştur. Türk Hukuku'nda da başta Anayasa olmak üzere özel hayata ilişkin düzenlemelerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Anayasa'nın 20. maddesi ile özel hayatın korunacağı açık bir şekilde ifade edilmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Özel hayat, kişinin hayat alanı şeklinde de ifade bulan ve çeşitli ayrımlara tabi tutulan bir kavramdır. Özel hayatın ne olduğuna ilişkin doğrudan bir tanım vermek oldukça güçtür. Bununla birlikte özel hayat ve özel hayatın gizliliğine ilişkin değerlendirmeler yapılırken mahremiyet hakkı ile yalnız kalma hakkından faydalandığı görülmektedir. Hatta özel hayata ilişkin tanımlamalarda, onun mahremiyet hakkı ya da yalnız kalma hakkı olarak kabul edildiği de görülmektedir.

Yalnız kalma hakkının, kişinin hayat alanıyla ilişkisinin kurulduğu özel hayatın gizliliği ve mahremiyet haklarıyla bağlantısı bulunsa da başlı başına bir kişilik hakkı olarak kabul edilmesi gerekir. Tarihsel süreçte ilk başlarda her üç hakkın da sıkı bir etkileşim içerisinde olduğu söylene de zamanla bu sıkı bağın zayıfladığı görülmektedir. Yalnız kalma hakkı, kişiye gizli bir alanın tanınması ve bunun korunması imkânını verir.

Çalışmada yalnız kalma hakkına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu çerçevede öncelikle kişinin hayat alanı ile hayat alanının çeşitleri üzerinde durulmaktadır. Hayat alanına ilişkin genel açıklamalarda sonra yalnız kalma hakkına ilişkin bir çerçeve çizilmekte; onun ayrı bir kişilik hakkı olduğu hususu ayrıntılandırılmaya çalışılmaktadır. Ayrıca yalnız kalma hakkının ihlaline sebep olabilecek durumlar, örneklerle açıklanmaktadır. Bu sayede yalnız kalma hakkının sınırlarına ilişkin de tespitlerde bulunma imkânı sağlanmaktadır.

I. KİŞİNİN HAYAT ALANI

A. GENEL OLARAK

Kişinin hayat alanı, onun yaşamıyla ilgili ortaya çıkan olay veya olayların başkaları tarafından hiç bilinmemesinin ya da sınırlı şekilde bilinmesinin istendiği, kendine has bir alanı ifade etmektedir. Kişinin hayat alanı, kişiliğin bir yansıması ya da dışı vurumu olarak değerlendirilebilir¹. Kişinin hayat alanı, üç alan teorisi adıyla da kişinin kamuya açık alanı, özel alanı ve gizli alanı olmak üzere ayrıma tabi tutulmaktadır. Söz konusu ayrıma ilişkin doktrinde farklı görüşlere yer verilmekte ve bu ayrımın yeterli düzeye sahip olmadığı belirtilmektedir.

1 Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku-Cilt II: Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2022) 137.

Kişinin hayat alanına yapılan müdahaleler, kural olarak hukuka aykırı sayılmaktadır.² Çünkü söz konusu alana müdahalede bulunulması kişinin, kişilik haklarına aykırılık teşkil etmektedir. Yalnız kalma hakkı bakımından da aynı değerlendirmenin yapılması mümkündür.

B. KİŞİNİN HAYAT ALANININ ÇEŞİTLERİ

Kişinin hayat alanı kamuya açık alan, özel alan ve gizli alan olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu ayrıma “üç alan teorisi” (*Drei-Sphären-Theorie*) adı da verilmektedir.³ Ancak doktrinde üç alan teorisinin hayatın gerçekliğini yeterli düzeyde yakalamakta güçlük çektiği; alanlar arasındaki sınırın mutlak surette belirsiz kalması gerektiğinden mahremiyet ihtiyacının yapılandırılmasına çok az katkıda bulunduğu ifade edilmektedir.⁴ Ayrıca bu alanların ilgili kişi tarafından mı yoksa objektif kriterlere göre mi tanımlandığı büyük ölçüde belirsizliğini korumaktadır. Şayet alanların tespitinde ilgili kişi dikkate alınacaksa, bu kişinin beyan ettiği alanın makul olup olmadığına bakılmaksızın kabul edilmesi gerekecektir. Objektif kriterlere göre belirleme yapılacak ise bu durumda da kriterler kesin olarak belirlenemeyecek ve özellikle bunların arkasında mekansal fikirlerin mi (kamusal veya özel alandaki olaylar) yoksa maddi içerikli fikirlerin mi olduğu belirsizliği ortaya çıkacaktır.⁵ Kanaatimizce her ne kadar kriterler kesin olarak ortaya koyulmasa da alan belirlemesi yapılırken objektif kriterlerden hareket etmek uygun olacaktır.

1. Kamuya Açık Alan

Kamuya açık alan, herkes tarafından bilinen olaylardan oluşan hayat alanı olarak tanımlanabilir. Bu alanı herkesin bilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.⁶ Bu alanın herkesçe biliniyor olması ya toplum önünde gerçekleşmesi ya da ilgili kişinin belirli oranda olaylara aleniyet kazandırmasından kaynaklanmaktadır.⁷

Kamuya açık alana kişinin topluma açık yerlerde bulunması, törenlere katılması, tiyatroya gitmesi, konuşmacı olarak kendini tanıtmayı, suç işlemesi vb. durumlar örnek gösterilebilir.⁸

2 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (21. Bası, Filiz 2022) 213; Dural ve Ögüz (n 1) 138.

3 Bettina Hürlimann-Kaup ve Jörg Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht (3rd, Schulthess 2016) 250; Christian Brückner, *Das Personenrecht des ZGB*, (Schulthess 2000) 141; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal 2017) 122; Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2023) 500; Doruk Gönen, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (On İki Levha 2011) 83-84.

4 Heinz Hausheer ve Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (4th, Stämpfli 2016) 198.

5 Hausheer ve Aebi-Müller (n 4) 198.

6 Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk (Genel Prensipler-Kişinin Hukuku)* (*Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler*) (2. Bası, Acar 1984) 283; Aydın Zevkliler, *Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler* (Olgaç 1981) 292; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (3. Bası, Sulhi Garan 1977) 135; Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Bası, Beta 2000) 141; Hürlimann-Kaup ve Schmid, (n 3) 251; Helvacı (n 3) 122.

7 Brückner (n 3) 142; Dural ve Ögüz (n 1) 138; Özsunay (n 6) 135; Baygın ve Nar (n 3) 500.

8 Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, *Zevkliler Medeni Hukuk* (6. Baskı, Seçkin 1999) 467; Arpacı (n 6) 141; Dural ve Ögüz (n 1) 139.

Kamuya açık alanda gerçekleşen bir olayın, başkalarına açıklanması ya da tespit edilmesi hukuka aykırı sayılmaz.⁹ Nitekim kamu yararı olan olayların açıklanması da hukuka aykırılık oluşturmaz.¹⁰ Ancak bu açıklama ya da tespitler, kişinin şeref ve haysiyetini zedeleyecek boyutta olmamalıdır.¹¹

2. Özel Alan

Kişinin kamudan saklı tuttuğu ve sınırlı kişiler tarafından bilinmesini istediği olaylardan oluşan alana, özel alan adı verilir.¹² Özel alan, özel hayatın kamusal ve gizli alanları arasında kalan kısmını içerir.¹³ Bu alan, gizli alana göre biraz daha geniş bir çerçeveye sahiptir.¹⁴ Kişi özel alanı içerisinde gerçekleşen bir olayı aile çevresi, yakın arkadaşları ya da güven duyduğu kimselerle paylaşmaktadır.¹⁵ Bunun dışında, tıpkı kamuya açık alanda olduğu gibi yaşanmış olan olayların toplum tarafından bilinmesi söz konusu değildir.

Kamuya mal olmuş kişilerin, özel alanları dardır.¹⁶ Bu kişiler konumları, işlevleri veya performansları nedeniyle, kendileri hakkında bilgi edinilmesi ve kamusal hayata katılımları konusunda meşru bir menfaat sağlayacak ölçüde kamuoyunun gözü önünde olan kişilerdir.¹⁷ Sporcular, siyasetçiler, sanatçılar, bilim adamları bu kapsamda değerlendirilebilir. Her ne kadar sıradan bir kişiye oranla kamuya mal olmuş kişilerin özel alanları darsa da bu durum, onların özel alanlarının hiç bulunmadığı anlamına gelmez.¹⁸ Ayrıca özel hayata ilişkin gerçeklerin yayınlanması konusunda birtakım sınırlamaların olması da gerekir.

3. Gizli Alan

Gizli alan, bir gerçeğin özel olarak emanet edildiği kişiler hariç, diğer tüm insanların bilgisinden saklanması gereken yaşam süreçlerini ve durumlarını içerir.¹⁹ Gizli alanda, olayların başkaları tarafından bilinmesi istenmez. Sağlık durumuna ilişkin kişisel veriler, kişinin kişisel hayatına ilişkin

9 Dural ve Öğüz (n 1) 139.

10 Dilara Yüzer, 1982 *Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması* (Yetkin 2013) 109.

11 Max Gutzwiller, *Schweizerisches Privatrecht-Einleitung und Personenrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1967) 369; Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler* (11. Bası, Yetkin 2021) 281; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 8) 468; Dural ve Öğüz (n 1) 139.

12 Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (4th, Helbing Lichtenhahn 2009) 104; Zevkliler (n 6) 292; Köprülü (n 6) 283-284; Helvacı (n 3) 122; Öztan (n 11) 284; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 8) 466.

13 Hausheer ve Aebi-Müller (n 4) 197-198.

14 Arpacı (n 6) 141.

15 Gutzwiller (n 11) 370; Hausheer ve Aebi-Müller (n 4) 198; Zevkliler (n 6) 292; Baygın ve Nar (n 3) 500.

16 Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) 213.

17 Hürlimann-Kaup ve Schmid (n 3) 252.

18 Gutzwiller (n 11) 371; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) 213; Helvacı (n 3) 127.

19 Franz Riklin, *Der Schutz Der Persönlichkeit Gegenüber Eingriffen Durch Radio ynd Fernsehen Nach Schweizerischen Privatrecht* (Universitätsverlag 1968) 197; Ernst Helle, *Der Schutz der Persönlichkeit der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht* (2nd, J.C.B Mohr 1969) 75; Theodor Süß, 'Geheimsphäre und Moderne Technik' 1956 Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag 189, 199; Hürlimann-Kaup ve Schmid (n 3) 250; Hausheer ve Aebi-Müller (n 4) 197; Brückner (n 3) 141; Köprülü (n 6) 284; Özsunay (n 6) 135; Dural ve Öğüz (n 1) 138; Helvacı (n 3) 122; Baygın ve Nar (n 3) 501.

bilgiler, aile yaşamı, mektupları, anıları vb.'leri gizli alana örnek olarak verilebilir.²⁰ Gizli alanda gerçek durum ya akıldan tutulmakta (anılar) ya da maddi olarak (belge, fotoğraf vb.) somutlaştırılmaktadır.²¹ Gizli alana duyulan ihtiyaç her insan için söz konusu olsa da çok az değişkenlik gösterir.²²

Kişinin gizli alanı dendiğinde bunu kendisinden başka hiç kimsenin bilmemesi gereken bir alan olarak anlamamak ve değerlendirmemek gerekir.²³ Kişinin dertleşmek için çok yakın olduğu bir kişiye açıklamalarda bulunması, gizli alanın sona erdiği; gizli alanın ortadan kalktığı anlamına gelmez.²⁴

Gizli alan, kişinin yalnız kalma hakkının (*right to be let alone, Recht zur Einsamkeit*) bir uzantısı olarak ifade edilmektedir.²⁵ Kişinin hayat alanının çeşitlerinden biri olan gizli alan, mahremiyet hakkı çerçevesinde de gündeme gelmektedir. Buradan hareketle aslında mahremiyet hakkı ile kişinin yalnız kalma hakkı arasında bir ilişkinin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz.

C. KİŞİNİN ÖZEL VE GİZLİ ALANINA YAPILAN MÜDAHALELER

Kişinin özel ve gizli alanına yapılan izinsiz müdahaleler kişilik hakkının ihlalinin doğurur.²⁶ Kişiyi bu tür alanların bırakılmaması da kişilik hakkı açısından aykırılık oluşturur. Buradan hareketle hem bir alan tanıma hem de bu alanları koruma zorunluluğu ortaya çıkar.²⁷

Kişinin özel ve gizli alanına yapılan müdahaleler farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu alanlara yapılan müdahaleler, yalnız kalma hakkının ihlalinin de doğurmaktadır. Kişinin özel veya gizli alanına yapılan hukuka aykırı müdahalelerden korunması, yalnız kalma hakkına ilişkin alanı da güvence altına almaktadır.²⁸

İnsanlar sosyal bir varlık olarak bazı durumlarda özel veya gizli alanlarına ilişkin bilgileri başkalarıyla paylaşabilirler. Kendisiyle bilgilerin paylaşıldığı kişi, bilgiyi verenin özel veya gizli alanına katılmış olur. Bu tür bilgileri alan kişinin katılımını, “zarar gören tarafın rızasıyla kişilik haklarının ihlalinin haklı görülebileceği” şeklinde anlamak ve böyle sınıflandırmak mümkün değildir.²⁹

20 Süss (n 19) 197.

21 Rainer Schumacher, *Die Presseäußerung Als Verletzung Der Persönlichen Verhältnisse* (Universitätsverlag 1960) 133.

22 Reinhard W. von Meiss, *Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren* (Verlag Rügger 1975) 29.

23 Riklin (n 19) 198; Öztan (n 11) 283; Zevkliler (n 6) 291; von Meiss (n 22) 44.

24 Zevkliler (n 6) 291.

25 Esra Tekin, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlalinde Sorumluluk* (On İki Levha 2021) 56.

26 Hermann Weitnauer, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Kommentierung zu Anhang zu § 12) (3rd, Aschendorffsche 1962) 30; Helle (n 19) 75; Dural ve Ögüz (n 1) 139; Bucher (n 12) 104; Gönen (n 3) 85. Ayrıca bkz Yusuf Ziya Polater, *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* (Adalet 2010) 28.

27 Schumacher (n 21) 133; Köprülü (n 6) 284.

28 Ayrıca bkz Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (Beta 2008) 133; Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (Beta 2014) 64.

29 Brückner (n 3) 142; Gutzwiller (n 11) 370.

Kişinin özel ve gizli alanına ilişkin bilgilere hukuka aykırı bir şekilde ulaşma, bu bilgileri öğrenme kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilir.³⁰ Bu açıdan en büyük tehlike teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. Özel veya gizli alanda yer alan bilgilere hukuka aykırı yöntemlerle ulaşmak ya da bu yöntemleri kullanmak da ihlal sonucu doğurur.³¹

II. KİŞİNİN YALNIZ KALMA HAKKI VE YALNIZ KALMA HAKKINA YAPILAN MÜDAHALELER

A. KİŞİNİN YALNIZ KALMA HAKKI

1. Genel Olarak

Kişinin yalnız kalma hakkına ilişkin bir tanım vermek oldukça zordur. Yalnız kalma hakkının özel hayat, özel hayatın gizliliği ve mahremiyet haklarıyla tanımlanmaya çalışıldığı; hatta bazı hâllerde doğrudan bu hakların, yalnız kalma hakkıyla açıklandığı görülmektedir.

Özel hayata saygı hakkı, önceleri sadece yalnız kalma hakkı ile açıklanmış; ancak zamanla özel hayatın gizliliğine saygı duyulması hakkını da kapsayacak şekilde geniş bir etki alanına ulaşmıştır.³² Özel hayata ilişkin önemli kaynaklar arasında gösterilen 1890 yılında Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis tarafından kaleme alınan “*The Right to Privacy*” isimli makalede özel hayat (ve mahremiyet hakkı da), yalnız kalma hakkı ile açıklanmaktadır.³³ Tarihsel gelişimi itibariyle de özel hayat ve özel hayatın gizliliği genel olarak “*right to be alone*” (yalnız kalma hakkı) kavramı içerisinde ifade edilmiş ve sonrasında “*right to privacy*” (özel hayat hakkı) kavramı içerisinde olgunlaşmış; kişisel verileri de kapsayacak ve bunlar üzerindeki tasarruf iktidarını da karşılayacak şekilde bir hak³⁴ olarak gündeme gelmiştir.

Özel hayata karşı yapılan hukuka aykırı müdahaleler, kişinin yalnız kalma hakkını etkilemektedir.³⁵ Nitekim başlangıçta, özel hayatın, yalnız kalma hakkı olarak tanımlanması esas olarak 19. yüzyılda Amerika Birleşik Devletleri’nde genişleyen iletişim ve yeni medya teknolojileriyle (örneğin anlık

30 Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001) 63; Bucher (n 12) 104; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 8) 467.

31 Gutzwiller (n 11) 372.

32 Efe Yamakoğlu, *Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi* (On İki Levha 2020), 166-167.

33 Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis, ‘The Right to Privacy’ 1890 4(5) Harvard Law Review 193, 195. Ayrıca bkz., Cemile Turgut, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı* (On İki Levha 2021) 137; Gülay Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011) 181; Feyzan Olgunsoy, *Terörle Mücadelede İstihbarat Faaliyetlerinin Özgürlükler Rejimine Etkisi* (Türkiye, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri) (On İki Levha 2020) 314; Meltem Yılmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Kapsamında Dış Görünüş Tercihleri* (On İki Levha 2020) 26.

34 Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları* (Adalet 2008) 197.

35 Heinrich Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht* (2nd, Böhlau 1967) 322.

fotoğraflar ve geniş çapta dağıtılan magazin basını) ortaya çıkmıştır.³⁶ Aslında özel hayata saygı hakkı, kişilerin özel hayatlarına ilişkin bilgilerin istenmeyen şekilde yayınlanmasına karşı onları korumak amacıyla gündeme gelmiştir. Ancak özel hayata saygının, doğrudan doğruya yalnız kalma hakkı olarak formüle edilmesi, kanaatimizce dengeli bir bakış açısı sağlamada başarılı değildir.³⁷ Çünkü iki kavramın özellikle birbiri yerine kullanılıyor olması yalnız kalma hakkının çerçevesinin çok geniş bir alana yayılması sonucunu doğurur.

Kişinin yalnız kalma hakkı, ona bir gizli alanın tanınması ve bu alanın korunması imkânını verir. Yalnız kalma hakkının sağlamış olduğu bu imkânlar sayesinde de özel hayata saygı hakkı ile de bağlantısını kurmak mümkün hâle gelmektedir. Aslında yalnız kalma hakkı kişinin bazı olayları kendisi dışında herkesten gizli yaşamasını ifade eder.³⁸ Bütün bunlardan hareketle yalnız kalma hakkının, birtakım haklarla bağlantısının kurulabildiği ve fakat başlı başına ayrı bir kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. Yalnız Kalma Hakkının Ayrıldığı Noktalar

Özel hayata saygı hakkı ile yalnız kalma hakkının ayrılabilmesi için öncelikle özel hayata saygı hakkının ve bunun ihlalinin içeriğinin ne olabileceğinin belirlenmesi gerekir. Bu hakkın içeriğini doldurmaya çalışan Amerikalı hukukçu Prosser'e göre,³⁹ özel hayatın ihlali genel olarak dört farklı hukuka aykırılığın meydana gelmesiyle söz konusu olur. Bunlar; kişinin özel alanlarına izni olmadan girilmesi, kişinin özel hayatına ilişkin utandırıcı sayılabilecek bilgilerin kamuya paylaşılması, kişilerin özel hayatları hakkında yanıltıcı bilgiler verilmesi ve bir kimsenin ismi veya resmi üzerinde tasarruf edilmesidir. Birinci grupta yer alan ihlale örnek olarak kişinin evine girilmesi, özel telefon görüşmelerinin dinlenmesi, evinin penceresinden gözetlenmesi verilmektedir. İkinci grup ihlallerde bahsi geçen durumlar, söz konusu kişi hakkında doğruları yansıtmakla birlikte toplumdaki ortalama bir insan dikkate alındığında utanç verici olarak nitelendirilebilecek bilgilerdir. Örneğin hastane odasında hasta iken bir kimsenin fotoğrafının çekilmesi ya da bir kimsenin mali durumu ile ilgili yapılan açıklamalar bu kapsamda sayılabilir. Üçüncü gruba ise başka bir kimsenin ağzından yazılan mektup veya makale örnek verilebilir. Bir kişinin işini kötü yaptığına ilişkin verilen haber de o kişinin değil farklı bir kişinin fotoğrafının kullanılması halinde de yine bu gruba örnek teşkil edecek bir kişilik hakkı ihlali söz konusu olur. Dördüncü grupta yer alan ihlal hallerinde ise bir kimsenin fotoğrafı, ismi gibi kişilik haklarına ilişkin unsurların özellikle ticari amaçlarla kullanılması söz konusu olur.

Yalnız kalma hakkından farklı olarak özel hayata saygı hakkı ve bununla bağlantılı olarak özel hayatın korunmasına ilişkin yasal düzenlemelere rastlamak mümkündür. Avrupa İnsan Hakları

36 Sabah S. Al-Fedaghi, "The "Right To Be Let Alone" And Private Information" 2005 International Conference on Enterprise Information Systems 98, 100. Ayrıca bkz Hubmann (n 35) 107.

37 Ayrıca bkz Al-Fedaghi (n 36) 100.

38 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk* (5. Bası, Turhan 2016) 117.

39 William Prosser, 'Das Recht Auf Die Privatsphäre in Amerika' 1956 21(3/4) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 401, 403 vd.

Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile Anayasa'nın 20. maddesi bu düzenlemelerin başında gelmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 21. maddesinde konut dokunulmazlığı, 22. maddesinde ise haberleşmenin gizliliğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bunun yanı sıra Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu düzenleme alanı bulunmaktadır. Bu hükümlerin hepsi, özel hayata saygı ve özel hayatın korunması kapsamında değerlendirilmektedir.

Özel hayata saygı hakkı, mahremiyet hakkı ve yalnız kalma hakkının birbirlerinden farklı noktalara sahip oldukları söylenebilir. Özel hayata saygı hakkı, mahremiyet hakkından daha geniş bir kapsama sahiptir ve mahremiyet hakkı, korunan hukuksal menfaatin sadece bir tanesine karşılık gelmektedir.⁴⁰ Mahremiyet hakkı, kişinin kendine özgü ve başkası tarafından bilinmesi istenilmeyen bilgilerin gizli kalmasıdır.⁴¹ Ayrıca mahremiyet hakkı, sadece yalnız kalma hakkından ibaret değildir.⁴² Mahremiyet hakkının, sadece "yalnız kalma isteği" olarak ifade edilmesi gelişen teknoloji de dikkate alındığında yeterli olamamakta; bu hak mahremiyet iç gerçekliğini, çeşitli yönlerini ve toplum içinde nasıl etkileşimde bulunduğunu kapsamaktadır.⁴³ Mahremiyet hakkı, kişinin yalnız kalma hakkı ile başkalarıyla birlikte bulunma isteği arasında yer almaktadır.⁴⁴ Ayrıca mahremiyet hakkı, büyük ölçüde zamana bağlıdır. Bu çerçevede yalnız kalma hakkı, mahremiyet kavramına kişisel alana sınırlı erişim olarak gönderme yapmaktadır. Görüldüğü üzere her üç hak da mahiyetleri gereği etkileşim içerisine girebilmektedirler.

Özel hayata saygı ve mahremiyet haklarına ilişkin yapılan değerlendirmelerde, kişinin kendisi dışında etrafında en az bir kişinin bulunması gerekir. Bir başka ifadeyle söz konusu haklardan bahsedilebilmesi için hak sahibinden ayrı olarak başka kişi ya da kişilerin varlığı, bu tür bir hakkın varlığını da ortaya koymaktadır. Ancak yalnız kalma hakkında kişi, diğer insanlardan kendisini doğrudan soyutlayarak tek başına kalmaktadır.

Özel hayata saygı hakkı ile bununla bağlantılı olarak özel hayatın gizliliği, mahremiyet hakkı ve yalnız kalma hakkı dışında örneğin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı, şeref ve haysiyete saygı hakkı, konuta saygı hakkı, kişinin görüntüsü ile kişisel verilerine saygı hakkı vb.'lerini kapsamaktadır.⁴⁵ Görüldüğü üzere özel hayata saygı hakkı, oldukça geniş bir kapsama sahiptir ve geniş bir alana koruma getirmektedir.⁴⁶

Yalnız kalma hakkı çerçevesinde değerlendirilebilecek örnekler aslında bütün özgürlüklerin en büyüğü olarak ifade edilebilir. Başka bir ifadeyle yalnız kalma hakkına ilişkin örnekler, ayrı ayrı ele

40 Arslan Öncü (n 33) 181.

41 Çiğdem Ayözger, *Kişisel Verilerin Korunması (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil)* (Beta 2016) 36; Schumacher (n 21) 136.

42 Ayözger (n 41) 181.

43 Michela Iezzi, 'The Evolving Path of "The Right to Be Left Alone"-When Privacy Meets Technology' 2021 Third IEEE International Conference on Trust, Privacy and Security in Intelligent Systems and Applications 225, 225.

44 Mehmet Yüksel, 'Modernleşme ve Mahremiyet' 2003 6(1) *Kültür ve İletişim* 75, 79; Hatice Budak, 'Sosyal Medya İletişiminde Mahremiyetin Serüveni' 2018 7(1) *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi* 146, 151.

45 Yüzer (n 10) 110-111.

46 Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Baskı, On İki Levha 2020) 82.

alındığında önemsiz gibi görünse de çoğunlukla kişinin özgürlük olarak düşündüğü ve kabul ettiği şeyleri oluşturan çeşitli insan davranışları için siyasi olmayan tek korumadır.⁴⁷

Craven'e göre kişinin yalnız kalma hakkı, her durumda, iddia edilen devlet menfaati ve bu amaca ulaşmak için seçilen araçların rasyonelliği karşısında tartılmalı ve değerlendirilmelidir.⁴⁸ Bu hâlde iki durum ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki denge kurma işleminin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için teraziye kullanan kişinin tüm gerçekleri bilmesi gerekliliğidir. Bu açıdan Devlet de ilgili düzenlemelerin gerekçelerini açıklamaya mecbur bırakılmalı; yapılacak açıklamalarla bütün gerçekler ortaya çıkmalıdır. İkinci durum ise terazinin Devleti temsil ettiği kefesinde bir ağırlığın bulunmadığı durumlarda kişinin kişilik haklarının ağır bastığı ve ön plana çıktığıdır. Devletin, kişinin kişilik haklarına saygı göstermesi, kişinin yalnız kalma hakkını da etkilemektedir.

B. KİŞİNİN YALNIZ KALMA HAKKINA YAPILAN MÜDAHALELER

1. Genel Olarak

Yalnız kalma hakkına yapılan müdahaleler, hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir. Yalnız kalma hakkına yapılan hukuka aykırı müdahaleler, geniş perspektifte özel hayata saygı hakkının ihlalini oluşturur.⁴⁹

İhlalin bir türünü, yalnız kalma hakkının izinsiz bir şekilde ihlal edilmesi oluşturur. Bazı özel konularda muhbirler, dedektifler ve muhbirler tarafından sistematik casusluk yapılması, kişisel verilerin anketler vasıtasıyla sınırsız incelenmesi ve açıklanması, üçüncü kişilere rızası dışında reklam e-postalarının gönderilmesi⁵⁰, halka açık bir parkta oturan bir çiftin gizlice dinlenmesi ve özel konuşmaların bir dinleme cihazı kullanılarak kaydedilmesi, kişilerin fotoğraflarının gizlice çekilmesi vb. durumlar bu kapsamda değerlendirilebilir.⁵¹ Ayrıca kanaatimizce kişinin yalnız kalma hakkı, aile üyelerinden belirli bir süre ayrı kalma isteği şeklinde de ortaya çıkabilir. Burada yalnız kalma, gerçek manada “*tek başına kalma*” olarak karşılık bulmaktadır. Aile üyeleri tarafından da ayrı kalma durumunun ihlali, yalnız kalma hakkının ihlaline sebebiyet verebilir.

İhlalin ikinci türüne ise kişinin yalnız kalma hakkı çerçevesinde değerlendirilebilecek özellikle gizli alanına ilişkin bilgilerin hukuka aykırı bir şekilde öğrenilmesi durumunda rastlanılmaktadır.⁵² Kişinin özel belgelerini, görüntülerini ya da hatıra defterini çalan, bunları açıklamamış olsa bile sırf ilgili bilgileri öğrendiği için yalnız kalma hakkına aykırı hareket etmiş olmaktadır.

47 J. Braxton Craven, 'Personhood: The Right To Be Let Alone' 1976 Duke Law Journal 699, 699.

48 Craven (n 48) 719-720.

49 Hubmann (n 35) 322; Weitnauer (n 26) 30.

50 Abdülhamid Zor, *Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülükleri İhlalinden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (On İki Levha 2020) 203.

51 Ayten Ordu, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde İnternette Kişilik Hakkının Hakaret ve Sövme (Zem ve Kadih) Yoluyla İhlaline Karşı Korunması* (On İki Levha 2020) 90; Dural ve Öz (n 1) 140; Hubmann (n 35) 322-323.

52 Helvacı (n 30) 63; Ordu (n 51) 91.

Yalnız kalma hakkının ihlali, kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurur. Kişilik haklarının ihlali durumunda başvurulabilecek yollar ne ise, aslında yalnız kalma hakkının ihlali durumunda da aynı yollara başvurulması mümkündür.

2. Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları

Kişinin yalnız kalma hakkına yapılan müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak bazı durumların varlığında yalnız kalma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmez. Bunlardan ilki kişinin rızasıdır. Kişinin, yalnız kalma hakkını ihlal edecek bir duruma rıza göstermesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Özellikle kişiye ait bilgilerin açıklanmasında bilgileri açıklayan kendinden bir şey katmadan, doğru ve gerçek bir açıklamada bulunuyorsa artık hukuka aykırılıktan bahsedilemez.⁵³ Ayrıca yalnız kalma hakkı çerçevesinde açıklanmasına rıza gösterilen bilgiler bakımından bir sınır getirilmiş olabilir. Bu sınıra da dikkat edilmesi gerekir.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak ikinci durum üstün nitelikte bir kamusal veya özel yararın bulunmasıdır.⁵⁴ Bu kapsamda kamuya mal olmuş kişiler akla gelmektedir. Belirli sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla (örneğin sosyal uygunluk) bu kişilerin kamuya mal oldukları hususlar ile makamlarına ilişkin bilgilerin açıklanması hukuka uygundur.

SONUÇ

Yalnız kalma hakkı, her ne kadar özel hayatın gizliliği ve mahremiyet hakkı ile bağlantılı olsa da tek başına bir kişilik hakkı olarak kabul edilmelidir. Bir başka ifadeyle özel hayatın gizliliği, mahremiyet hakkı ve yalnız kalma hakkı bir bütünü oluşturan üç farklı hak olarak ortaya koyulmalıdır.

Tarihsel perspektifte özel hayatın gizliliği, mahremiyet hakkı ve yalnız kalma hakkının birlikte değerlendirilerek birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Ancak zamanla teknolojinin de gelişimiyle her üç hakkın etkileşim içerisinde olduğu ve fakat her üç hakkın da farklı durumları ifade ettiği anlaşılmaya başlanmıştır.

Yalnız kalma hakkı, kişinin kendisini dış dünyadan ve dış dünyanın kişilik haklarına müdahalesinden tamamen soyutladığı bir durum olarak anlaşılmalıdır. Her hakta olduğu gibi yalnız kalma hakkının da ilişkili olduğu haklardan bahsetmek mümkündür. Ancak bir hakkın, başka haklarla az veya çok ilişkisinin kuruluyor olması, ilgili hakkın bağımsız olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Yalnız kalma hakkı da özel hayatın gizliliği ve mahremiyet hakkıyla bağlantılı olsa da kanaatimizce onlardan ayrılarak tek başına bir varlığa sahiptir.

Kişinin yalnız kalma hakkı onun gizli alanı içerisinde de yer alan ve korunması gereken bir hak olarak da ifade edilebilecektir. Sadece kendine özgü ve herkesin uzak olduğu alan içerisinde, kişinin kendi iç dünyasıyla baş başa kalmasıdır. Yalnız kalma hakkına karşı yapılan hukuka aykırı müdahaleler, kişilik hakkının ihlali olarak kabul edilmelidir.

53 Dural ve Öz (n 1) 141.

54 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Seda Kara Kılıçarslan, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (On İki Levha 2015) 51 vd.

KAYNAKÇA

- Akgül A, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (Beta 2014).
- Al-Fedaghi S.S, ‘The “Right To Be Let Alone” And Private Information’ 2005 International Conference on Enterprise Information Systems 98-107.
- Arpacı A, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Bası, Beta 2000).
- Arslan Öncü G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011).
- Ayözger Ç, *Kişisel Verilerin Korunması (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil)* (Beta 2016).
- Baygın C ve Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri-I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2023).
- Brückner C, *Das Personenrecht des ZGB* (Schulthess 2000).
- Bucher A, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (4th, Helbing Lichtenhahn 2009).
- Budak H, ‘Sosyal Medya İletişiminde Mahremiyetin Serüveni’ (2018) 7(1) *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi* 146-170.
- Craven J.B, ‘Personhood: The Right To Be Let Alone’ (1976) *Duke Law Journal* 699-720.
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku-Cilt II: Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2022).
- Gönen D, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (On İki Levha 2011).
- Gutzwiller M, *Schweizerisches Privatrecht-Einleitung und Personenrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1967).
- Hausheer H ve Aebi-Müller R.E, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (4th edn, Stämpfli 2016).
- Helle E, *Der Schutz der Persönlichkeit der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht* (2nd, J.C.B Mohr 1969).
- Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001).
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal 2017).
- Hubmann H, *Das Persönlichkeitsrecht* (2nd, Böhlau 1967).
- Hürlimann-Kaup B ve Schmid J, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht* (3rd, Schulthess 2016).
- Iezzi M, ‘The Evolving Path of “The Right to Be Left Alone”-When Privacy Meets Technology’ 2021 Third IEEE International Conference on Trust, Privacy and Security in Intelligent Systems and Applications 225-234.
- Kara Kılıçarslan S, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (On İki Levha 2015).
- Ketizmen M, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları* (Adalet 2008).
- Kılıçoğlu A.M, Şeref, *Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk* (5. Bası, Turhan 2016).
- Köprülü B, *Medeni Hukuk (Genel Prensipler-Kişinin Hukuku) (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)* (2. Bası, Acar 1984).
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Baskı, On İki Levha 2020).
- Oğuzman M.K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (21. Bası, Filiz 2022).
- Olgunsoy F, *Terörle Mücadelede İstihbarat Faaliyetlerinin Özgürlükler Rejimine Etkisi (Türkiye, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri)* (On İki Levha 2020).
- Ordu A, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde İnternette Kişilik Hakkının Hakaret ve Sövme (Zem ve Kadih) Yoluyla İhlaline Karşı Korunması* (On İki Levha 2020).
- Öncü G.A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011).
- Özsunay E, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (3. Bası, Sulhi Garan 1977).

- Öztan B, *Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler* (11. Bası, Yetkin 2021).
- Polater Y.Z, *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* (Adalet 2010).
- Prosser W, 'Das Recht Auf Die Privatsphäre in Amerika', (1956) 21(3/4) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 401-417.
- Riklin F, *Der Schutz Der Persönlichkeit Gegenüber Eingriffen Durch Radio ynd Fernsehen Nach Schweizerischen Privatrecht* (Universitätsverlag 1968).
- Schumacher R, *Die Presseäußerung Als Verletzung Der Persönlichen Verhältnisse* (Universitätsverlag 1960).
- Süss T, 'Geheimsphäre und Moderne Technik', (1956) Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag 189-212.
- Şimşek O, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (Beta 2008).
- Tekin E, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlalinde Sorumluluk* (On İki Levha 2021).
- Turgut C, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı* (On İki Levha 2021).
- von Meiss R.W., *Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren* (Verlag Rüegger 1975).
- Warren S.D ve Brandeis L.D, 'The Right to Privacy' (1890) 4(5) Harvard Law Review 193-220.
- Weitnauer H, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Kommentierung zu Anhang zu § 12), (3rd, Aschendorffsche 1962).
- Yamakoğlu E, *Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi* (On İki Levha 2020).
- Yılmaz M, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında Dış Görünüş Tercihleri* (On İki Levha 2020).
- Yüksel M, 'Modernleşme ve Mahremiyet' (2003) 6(1) Kültür ve İletişim 75-108.
- Yüzer D, *1982 Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması* (Yetkin 2013).
- Zevkliler A, *Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler* (Olgaç 1981).
- Zevkliler A, Acabey MB. ve Gökyayla KM, *Zevkliler Medeni Hukuk* (6. Baskı, Seçkin 1999).
- Zor A, *Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülükleri İhlalinden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (On İki Levha 2020).

4857 Sayılı İş Kanununa Tabi İşçiler Açısından Aralıklı Çalışmaların Kıdem ve İhbar Tazminatlarına Esas Çalışma Sürelerine Etkisi

The Effect of Intermittent Working on the Working Periods for Seniority Pay and Notice Pay for Employees Subject to the Labor Law No. 4857

Faruk Barış MUTLAY* 

ÖZ

İşçinin birçok alacağı kıdemine bağlıdır. Öyle ki işçi, bazı alacaklara hak kazanabilmek için Kanunda kabul edilen asgari çalışma süresini tamamlamalıdır. Ayrıca çalışma süresinin uzunluğu arttıkça işçinin hak kazanacağı alacakların parasal miktarı da artar. Özellikle açıklanan nedenlerden dolayı çalışma süresinin uzunluğunun tespiti gerekmektedir birlikte, uygulamada bunu zorlaştıran birçok olasılıkla karşılaşılmaktadır. Bunlardan biri de işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışmasıdır. Nitekim söz konusu durumda, kıdem ve ihbar tazminatlarına esas çalışma süresinin ne şekilde tespit edileceği ve alacakların nasıl hesaplanacağı uygulamayı sıkça meşgul etmiştir. Farklı bir deyişle, aralıklı çalışmalarda kıdem ve ihbar tazminatları açısından çalışma sürelerinin birleştirilip birleştirilemeyeceği sorunu, öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuş ve Yargıtayın da kararlarına sıkça konu olmuştur. Hukuki sorun öğretideki görüşler, Yargıtay kararları ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları doğrultusunda değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aralıklı Çalışma, Fasilalı Çalışma, Kıdem Tazminatı, İhbar Tazminatı, Çalışma Süresi

ABSTRACT

The employee's various entitlements are tied to their seniority. Indeed, in order to be entitled to certain claims, the employee must complete the minimum working period recognized in the Law. Moreover, as the length of employment increases, the monetary amount of the entitlements the employee will receive also increases. Particularly due to the reasons explained, determining the length of employment is necessary, although in practice, many possibilities make this difficult. One of these is the intermittent work of the employee in the same or different workplaces of the same employer. Indeed, in such cases, how the working period for seniority and notice pay will be determined and how the claims will be calculated have often preoccupied the practice. In other words, the issue of whether the periods of employment can be combined for seniority and notice pay in intermittent work has led to different opinions in doctrine and has frequently been the subject of decisions of the Court of Cassation. The legal issue has been evaluated in line with the opinions in doctrine, the decisions of the Court of Cassation, and the decisions of the Regional Courts of Justice.

Keywords: Intermittent Work, Periodic Work, Seniority Pay, Notice Pay, Length of Employmen

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, mutlay@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4331-6550.

GİRİŞ

İşçinin bazı alacaklara hak kazanabilmesi için Kanunda kabul edilen asgari çalışma süresini tamamlaması gerekmektedir. Ancak kıdemın önemi, sadece alacaklara hak kazanma şartlarının sağlanmasına özgülenemez. Çalışma süresinin uzunluğu, işçinin birçok alacağının parasal miktarını da etkiler. İşçinin çalışma süresinin uzunluğu arttıkça kıdemine bağlı alacaklarının parasal miktarı da artacaktır. Açıklanan nedenlerden dolayı işçinin çalışma süresinin belirlenmesi uygulamada önemli bir yere sahiptir. Ancak çalışma süresinin tespiti her zaman kolay değildir. Bunu zorlaştıran nedenlerden biri de işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışmış olmasıdır. Çalışmamızda ele alınan hukuki sorun da açıkladığımız çalışma şekline ilişkindir. İşçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması hâlinde kıdem ve ihbar tazminatlarına esas çalışma süresinin ne şekilde belirleneceği uygulamayı meşgul eden önemli bir hukuki sorun olup, değerlendirmelerimiz söz konusu hukuki sorun için yapılmıştır

Hukuki sorunun açıklığa kavuşturulması için öncelikli olarak hukuki sorunun net bir biçimde anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle değerlendirdiğimiz hukuki sorunun ortaya çıkmasına neden olan aralıklı çalışma kavramından neyin anlaşılması gerektiği “I. Konumuz Açısından Aralıklı Çalışma Kavramı” başlığı altında açıklanmıştır. Kavramın açıklığa kavuşturulmasından sonra, hukuki sorun, “II. Aralıklı Çalışmaların Kıdem Tazminatına Esas Çalışma Süresine Etkisi”, “III. Aralıklı Çalışmaların İhbar Tazminatına Esas Çalışma Süresine Etkisi” başlıkları altında, kanuni düzenlemeler, öğretilerdeki görüşler, Yargıtay uygulaması ile bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararları da dikkate alınarak incelenmiştir.

I. ARALIKLI ÇALIŞMA KAVRAMI VE UNSURLARI

A. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMİŞ OLMASI

Aralıklı çalışmadan bahsedilebilmesi için öncelikli olarak bir iş sözleşmesi sona ermeli ve sona erdikten sonra aynı taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi yapılmış olmalıdır. Kısacası ilk şart, iş sözleşmesinin sona ermiş olmasına ilişkindir¹. İş sözleşmesinin kim tarafından hangi gerekçe

1 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 29. Hukuk Dairesi (HD) bir kararında “...Somut olayda davacı işçi davalıya şantiye işyerlerinde, 09.05.1984-09.05.1985, 06.08.1985-30.03.1986 ve 25.03.1997-30.05.2007 arası çalışmıştır [...] somut olayda davacı işçinin 1985 ve 1986 yıllarındaki çalışmalarının, iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiği kanıtlanamamıştır. Davacı işçi dava dilekçesinde aralıklı çalıştığını açıklamış ve sadece 2007 yılındaki son fesih söz etmiştir. Davalı vekili tarafından verilen cevap dilekçesinde de işçinin aralıklı çalışmasından söz edilmiş ve önceki ayrılışlarına dair fesih savunması yapılmamıştır. Bu durumda davacının iş sözleşmesi 1985 ve 1986 yıllarında feshedilmediğinden zamanaşımı süresinin de işlemeye başlamadığı kabul edilmelidir. Böyle olunca davacının davalı işyerlerinde geçen tüm çalışmaları birleştirilmek suretiyle kıdem tazminatı ile yıllık izin hesabı yapılmalıdır...” sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz İstanbul BAM 29 HD, E 2017/1084 K 2017/565, 19.04.2017 (www.legalbank.net). Karara konu olan olay da zamanaşımı dışında, aralıklı çalışmanın olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir hukuki sorundur. Bölge Adliye Mahkemesi fesih olmadığı gerekçesiyle zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini açıklamış ve süreleri birleştirmiştir. Tarafların iş ilişkisi süresince gerçekleşen çalışmayı aralıklı çalışma olarak nitelemiş ya da nitelememiş olması, mahkemenin bu konuda araştırma yapmasına engel değildir. Zira somut olayda, çalışmamızda da açıklanan şartların bulunup bulunmadığı değerlendirilmek suretiyle hukuki nitelendirilmenin mahkemece yapılması gereklidir. Ancak karara konu olan olayda ilginç olan ve açıklanması gereken yön, Bölge Adliye Mahkemesinin fesih olgusunun bulunmadığını kabul etmesi karşısında iş sözleşmesinin 1986-1997 yılları arasındaki durumunun ne olduğuna ilişkindir. Karardan anlaşılacakla birlikte mahkemece ulaşılan sonuç gereği, 1986-1997 yılları arasında iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmiş olsa gerekir. Bu sonuç ise, sürenin uzunluğu nedeniyle makul kabul edilmez.

ile feshedildiği, feshin hukuki niteliği veya fesih dışı sona erme hâllerinden herhangi biri ile iş ilişkisinin sona ermiş olması çalışmanın aralıklı çalışma sayılabilmesi bakımından önem taşımaz. Sadece iş sözleşmesinin ölümle sona ermesi halinde istisnai bir durumun ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı taraflar arasında ilk kez iş sözleşmesi yapılması hâlinde, diğer bir söylemle işçinin aynı işveren nezdinde daha önce herhangi bir çalışmasının olmadığı bir olasılıkta, söz konusu iş ilişkisi Türk Borçlar Kanunu² (TBK) m.440 uyarınca işçinin ölümüyle veya istisnai olarak işverenin ölümüyle bu iş ilişkisi sona ererse (TBK m.441), önceden aynı taraflar arasında iş ilişkisi bulunmadığından ve sonradan aynı taraflar arasında bu ilişkinin kurulması fiilen imkânsız olduğundan aralıklı çalışmanın gerçekleşmeyeceği ortadadır.

İş sözleşmesi sona ermediği hâlde, sözleşmenin sona ermiş ve yeniden yapılmış gibi gösterildiği durumlarla da uygulamada karşılaşılmaktadır. Bazı işverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) daha az prim ödemek veya ileride iş ilişkisi sona erince ortaya çıkması muhtemel işçilik alacaklarına ilişkin daha az miktarda ödeme yapmak amacıyla işçinin çalışma süresini gereceğe aykırı biçimde kayıtlara yansıtıkları bilinmektedir. Bunu sağlayan yollardan biri işçinin SGK'ya geç bildirmesiyken, bir diğeri de iş sözleşmesi sona ermemiş olmasına rağmen işçinin çalışmasının aralıklı biçimde SGK'ya yansıtılmasıdır. Fesih olmamasına rağmen işçinin çalışmasının SGK'ya aralıklı bildirilmesi, gereceğe aykırı işten çıkış ve işe giriş bildirgesinin düzenlenmesi ile gerçekleştirilmektedir. Bu şekilde işveren, iş sözleşmesi hukuken ve fiilen sona ermediği hâlde görünürdeki bir fesihle iş sözleşmesini sona ermiş gibi göstermekte, görünürdeki fesih doğrultusunda da işçinin çıkışını SGK kayıtlarından yapmakta ve kısa bir süre sonra tekrar işe giriş işlemini gerçekleştirmektedir. Anlaşıldığı üzere, bu durumda ortada gerçek bir fesih işlemi olmadığından işçi aynı işveren nezdinde çalışmasını kesintisiz sürdürmüş olur. Bu bakımdan çalışmanın aralıklı çalışma olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Çıktı işlemi ile girdi işlemi arasındaki zaman diliminin kısalığı ya da uzunluğu veya her çıkış işleminde kıdem tazminatı adı altında ödeme yapılmış olması da ulaşılan bu sonucu değiştirmez.

Aralıklı çalışmadan bahsedebilmemiz için iş sözleşmesinin sona ermiş olması gerektiğinden ve işyeri devrinde İş Kanunu³ (İŞK) m.6 hükmü, iş sözleşmesinin devrinde de TBK m.429 hükmü uyarınca iş sözleşmesi sona ermemiş olduğundan, söz konusu hâllerde aralıklı çalışmanın varlığı ileri sürülemez⁴. Devir anında kıdem tazminatı adı altında ödeme yapılmış⁵ olsa bile, çalışma aralıklı çalışma olarak nitelendirilemez. Aynı gerekçe doğrultusunda işçinin raporlu olması, analık

2 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

3 İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

4 İşyeri devrinde işçinin çalışma süresinin belirlenmesine ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta 2023) 729; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (22. Baskı, Beta 2023) 781; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (10. Baskı, Beta 2022) 266; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion 2022) 1223 vd; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İlişkileri I* (5. Baskı, Beta 2014) 154; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha 2023) 249-250; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2022) 513; Ercüment Özkaraca, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2008) 225 vd.

5 Yargıtay işyerini devreden işverenin devir anında kıdem tazminatını ödemiş olması karşısında önceki dönemin esas alınmayacağı sonucuna varmıştır. Karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2007/27464 K 2008/24648, 24.09.2008 (www.legalbank.net).

izni vb. izinler kullanması, iş sözleşmesinin askıda olması gibi nedenlerle iş görme borcunu yerine getirememiş olması da aralıklı çalışma olarak nitelenmez.

Mevsimlik çalışmalarda mevsim sonunda iş sözleşmesinin sona erdirilmediği, askıya alındığı olasılıklar açısından da aralıklı çalışma ortaya çıkmaz. Ancak mevsimlik iş için yapılan sözleşmenin mevsim sonunda askıya alınmaması, sona erdirilmesi ve mevsim başında aynı taraflar arasında yeniden mevsimlik iş sözleşmesi yapılması hâlinde, çalışmanın hem mevsimlik iş hem de aralıklı çalışma olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yargıtay⁶ ve Bölge Adliye Mahkemesi⁷ kararlarında aralıklı çalışma ve mevsimlik çalışma kavramlarının ayırt edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Çalışma konumuz açısından bir işin mevsimlik iş olup olmadığı değil, çalışmanın aralıklı çalışma sayılıp sayılmadığı önemli olduğundan konunun detaylarına girilmemiştir. Bununla birlikte şunu ifade etmek gerekir ki, her aralıklı çalışma şüphesiz doğrudan mevsimlik iş olarak değerlendirilemez ancak mevsimlik iş sözleşmesinin her mevsim sonunda sona ermesi ve izleyen mevsim başında yeni mevsimlik iş sözleşmesi yapılması durumunda, söz konusu mevsimlik çalışmanın aralıklı çalışma kabul edilmesi mümkündür.

B. İŞ SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA AYNI İŞVEREN İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMIŞ OLMASI

İş Kanunundan doğan yükümlülüklerin muhatabının tespiti açısından işverenin kim olduğunun belirlenmesi gerekli ve önemlidir. İşçi çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar şeklinde tanımlanan işverenin (İşK m.2) uygulamada tespiti ise, her zaman kolay değildir. Gerçek işverenin belirlenmesini özellikle üçlü ilişkilerin, organik bağın, birlikte istihdamın, işverence yapılan bazı kötü niyetli uygulamaların vb. durumların varlığı zorlaştırır. Çalışmamızın sınırlarını aşmamak için işverenin tespiti üzerinde durulamamıştır. Ancak çalışmamız açısından aralıklı çalışma kavramından bahsedebilmek için iş sözleşmesi sona eren işçinin, daha sonra aynı işverene ait aynı ya da farklı bir işyerinde çalışmaya başlaması gerektiği unutulmamalıdır. İşverenlerin farklılaşması, eski işverenin, daha sonra kurulan iş ilişkisinde işveren tarafının ortaklarından biri olması çalışmaların aralıklı çalışma sayılmasına yol açmaz. Yüksek Mahkeme de bir kararında “...23.06.2007-02.07.2009 tarihleri arası Bulgaristan’da geçen çalışması yönünden davacının işverenin; davalı ile ihbar olunan ... İnşaat San. ve Tic. A.Ş.’nin meydana getirdikleri adi ortaklık olduğu, bu itibarla davacının farklı işverenler yanında geçen çalışmaları fasıllı çalışma olarak nitelenemeyeceğinden, 23.06.2007-02.07.2009 tarihleri arası dönem yönünden yapılan çalışmanın fasıllı çalışma gibi kabul edilerek davacının diğer çalışmaları ile birleştirilmek suretiyle kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanmasının isabetli olmadığı...” sonucuna ulaşmıştır⁸.

6 Yargıtay 22 HD, E 2016/29286 K 2020/5397, 02.06.2020; Yargıtay 9 HD, E 2017/5598 K 2018/7651, 04.04.2018 (www.legalbank.net).

7 Diyarbakır BAM 8 HD, E 2019/52 K 2019/48, 04.12.2019; Samsun BAM 7 HD, E 2017/1075 K 2017/1328, 23.06.2017 (www.legalbank.net).

8 Yargıtay 9 HD, E 2021/1401 K 2021/7667, 06.04.2021 (www.legalbank.net).

İşyerinin değil işverenin aynı olması önemli olduğundan, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işyerinin başka bir işverene devredilmiş olması ve işçinin devirden sonra aynı işyerinde devralan işverenin nezdinde çalışmaya başlamış olması halinde aralıklı çalışmadan bahsedilemez. Her şeyden önce belirtilen olasılıkta devir anında iş sözleşmesi bulunmadığından İşK m.6 hükmü uygulama alanı bulmaz⁹. Böyle bir durumda iş sözleşmesi sona erdikten sonra işyerini devralan yeni işverenle yapılan iş sözleşmesi ile önceden sona eren ve tarafının devreden işveren olduğu iş sözleşmesi arasında herhangi bir bağ kurulamaz.

Aynı işverenle yeniden yapılan iş sözleşmelerinin türlerinin de önemli olmadığı belirtilmelidir. Örneğin, işçinin önceden kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması daha sonra aynı işveren nezdinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başlaması, çalışmanın aralıklı çalışma olarak nitelenmesine engel değildir¹⁰. Aynı şekilde sözleşmelerin belirli ya da belirsiz süreli olmaları ortaya çıkan çalışmaların aralıklı çalışma sayılmasına engel değildir. Bununla birlikte çalışmamızda 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler (İşK m.4) açısından hukuki sorun değerlendirildiğinden, aralıklı çalışmaları oluşturan iş ilişkilerinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olduğu düşüncesi ile açıklamalar yapılmıştır.

C. ÇALIŞMALAR ARASINDA GEÇEN SÜRENİN ÖNEMLİ OLUP OLMADIĞI SORUNU

Çalışmamız bakımından aralıklı çalışmadan bahsedebilmemiz için işçi, iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona erdikten sonra aynı işverenin aynı ya da farklı bir işyerinde çalışmaya başlamalıdır. Bu noktada çalışmalar arasında ne kadar sürenin geçmesi gerektiği de değerlendirilmelidir. İşçinin iş sözleşmesi sona erdikten bir gün sonra dahi aynı işveren nezdinde çalışmaya başladığı olasılıklarla uygulamada karşılaşılmaktadır. Bu duruma verilecek örneklerden en önemlisi, işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmesi ancak bir gün sonra yeni iş sözleşmesi ile aynı işveren nezdinde çalışmaya başlamasıdır. Şüphesiz bu durum sadece emeklilik nedeniyle yapılan fesih sonrası gerçekleşen çalışmalara özgü değildir. Gerçek anlamda iş sözleşmesinin – emeklilik dışında – herhangi bir nedenle sona ermesi ancak işçinin kısa süre içinde hatta bir gün sonra bile aynı işverenle yeni bir iş sözleşmesi yapması imkân dahilindedir. Böyle bir durumda esasen çalışmalar arasında fiili olarak bir ara söz konusu değilse de, iki ayrı iş ilişkisi kurulmuş sayılacağından ve ele aldığımız hukuki sorun, özellikle işçinin kıdemine bağlı haklarında çalışma süresinin belirlenmesine ilişkin olduğundan, örnekteki çalışmalar konumuz açısından aralıklı çalışma olarak nitelendirilmiştir.

9 Gülsevil Alpagut, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı* (Beta 2010) 117; Özkaraca, *İşyeri Devri* (n 4) 163 vd.

10 İşçinin bir işverene ait işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başlaması, sözleşmesi sona erdikten belirli bir süre sonra da aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başlaması veya bunun tam tersi bir durumun ortaya çıkması mümkündür. Söz konusu olasılıklarda ifade ettiğimiz üzere, çalışmalar aralıklı çalışma olarak nitelendirilecekse de konuya ilişkin esas hukuki sorun, kıdem tazminatının hesaplanmasıyla ilgilidir. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz Kamil Ahmet Sevimli, *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (Beta 2019) 215-216; Şahin Çil, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2019-2021 Yılları* (9. Baskı, Yetkin 2022) 388-389. İfade edelim ki, yazarlar tarafından açıklamalar her ne kadar aralıklı çalışma temelinde yapılmamışsa da, görüşlerin aralıklı çalışma açısından da değerlendirilmesi mümkündür. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 22 HD, E 2016/29007 K 2020/2371, 13.02.2020; Yargıtay 22 HD, E 2016/22929 K 2019/20961, 13.11.2019 (www.legalbank.net). Ayrıca bkz Haluk Hadi Sümer ve Hasan Kayırgan, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (3. Baskı, Seçkin 2022) 461.

Dolayısıyla, iş sözleşmesi sona erdikten sonra aynı işçi ve aynı işveren arasında yeni iş ilişkisinin ne zaman sonra kurulduğu çalışmanın aralıklı çalışma sayılıp sayılmaması açısından önem arz etmez.

Yargıtay bir kararında “...Somut olayda; davacının, davalı işyerinde 12.05.2007-31.12.2012 ve 01.01.2013-24.08.2014 tarihleri arasında iki dönem halinde çalıştığı, ilk dönem çalışmasının 31.12.2012 tarihinde emeklilik nedeni ile sonlandığı ve davacıya kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının çalışmasına aralık vermeden devam ettiği gerekçesi ile ilk dönem çalışması tasfiye edilmeksizin ödenen miktarın mahsubu ile hesaplamalar yapılmıştır. Davacının ilk dönem çalışması bakımından, 31.12.2012 tarihinde emeklilik nedeniyle işten ayrıldığı ve davacıya kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının ilk dönem çalışmasının kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edildiğinin kabulüyle sonuca gidilmesi...” sonucuna ulaşılmıştır¹¹. Görüldüğü üzere, kararda işçi emekli olduktan bir gün sonra aynı işveren nezdinde çalışmaya başlamış, ilk derece mahkemesi bilirkişi raporu doğrultusunda çalışmayı aralıksız çalışma kabul ederek sonuca ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme, kararında her ne kadar aralıklı çalışma ifadesini açıkça kullanmamışsa da, aralıklı çalışmaya ilişkin içtihatlarında kabul ettiği ilke ve esasları¹² karara konu olan olayda da uygulamak suretiyle çalışmayı dolaylı olarak da olsa aralıklı çalışma şeklinde nitelemiştir.

II. ARALIKLI ÇALIŞMALARIN KIDEM TAZMİNATINA ESAS ÇALIŞMA SÜRESİNE ETKİSİ

A. ARALIKLI ÇALIŞMALARDA KIDEM TAZMİNATINA ESAS ÇALIŞMA SÜRESİNİN BELİRLENMESİNDE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN OLASILIKLAR

İşçinin aynı işverene ait işyerlerinde aralıklı çalışması durumunda çalışma süresinin tespiti açısından hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olan olasılıkların belirtilmesinde fayda vardır. İşçinin önceki çalışması/çalışmaları kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş ve işçiye söz konusu çalışmaları için kıdem tazminatı ödenmiş olması veya ödenmemiş olması imkân dahilindedir. Önceki çalışmanın/çalışmaların kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermemiş olması da karşılaşılan olasılıklardandır. Şüphesiz işçinin önceki çalışması/çalışmaları kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş ancak son çalışması kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermemiş olabilir. Bu durumların ortaya çıkardığı ve incelenmesi gereken hukuki sorun, işçinin çalışma süresinin ne şekilde hesaplanacağına ilişkindir.

11 Yargıtay 9 HD, E 2021/13384 K 2022/2237, 23.02.2022 (www.legalbank.net).

12 Yargıtayın konuya ilişkin benimsediği ilke ve esaslar çalışmamızda ilgili başlıklar altında açıklanmıştır.

B. KANUNİ DÜZENLEME DOĞRULTUSUNDA ARALIKLI ÇALIŞMALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

İşçinin kıdemine bağlı olarak belirlenen alacakların başında kıdem tazminatı gelir¹³. Konumuz açısından işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması hâlinde kıdem tazminatına esas çalışma süresinin ne şekilde belirleneceği açıklanmalıdır¹⁴. Göz önünde bulundurulması gereken esaslar 1475 sayılı İş Kanununun¹⁵ hâlen yürürlükte olan 14. maddesinde yer almaktadır. Her şeyden önce düzenlemenin ikinci fıkrasında bulunan “*İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır*” şeklindeki hüküm dikkate alınmalıdır. Ayrıca hukuki sorunun değerlendirilmesinde maddenin beşinci fıkrasında yer alan “*Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz*” ve aynı maddenin sekizinci fıkrasında hükme bağlanmış olan “*Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez*” şeklindeki düzenlemeler de göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶.

Aralıklı çalışmalarda kıdem tazminatına esas çalışma süresinin belirlenmesinde hukuki sorunun ortaya çıkmasına neden olan olasılıklardan biri, önceki çalışmaların sona eriş şekline ilişkindir. Başka bir söylemle, çalışmaların kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erip ermemesinin çalışma sürelerinin birleştirilmesine etkisi açıklığa kavuşturulmalıdır. İfade ettiğimiz üzere, 1475 sayılı İş Kanununun hâlen yürürlükte olan 14. maddesinin ikinci fıkrasında, işçilerin aynı işverenin aynı ya da farklı işyerlerinde geçen çalışma sürelerinin dikkate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak önceki iş ilişkisinin/iş ilişkilerinin ne şekilde sona erdiği, kim tarafından sona erdirildiği, neden sona erdirildiği gibi hususların önemli olup olmadığına madde hükmünde açıkça değinilmemiştir.

13 Kıdem tazminatına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 705 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 257 vd; Süzek (n 4) 754 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1165 vd; Ünal Narmanlioğlu, *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı* (1973) 5 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 535 vd; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (9. Baskı, Beta 2019) 261 vd; Ercan Akyiğit, *Kıdem Tazminatı* (2. Baskı, Seçkin 2010) 27 vd; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Baskı, Seçkin 2019) 340 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 821 vd; Senyen Kaplan (n 4) 500 vd; Şahin Çil, *Açıklamalı-İçtihatlı Kıdem Tazminatı* (Turhan Kitabevi 2009) 1 vd; Çil, İlke Kararları (n 10) 1401 vd.

14 Kıdem tazminatına esas çalışma süresinin belirlenmesine ilişkin açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 723 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 262 vd; Süzek (n 4) 772 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1208 vd; Narmanlioğlu, *Kıdem Tazminatı* (n 13) 97 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 543 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 268 vd; Akyiğit (n 13) 485 vd; Sümer (n 13) 340 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 845 vd; Senyen Kaplan (n 4) 510 vd; Sevimli (n 10) 204 vd; Çil, *Kıdem Tazminatı* (n 13) 6 vd; Çil, İlke Kararları (n 10) 1401 vd.

15 İş Kanunu, Kanun Numarası: 1475, Kabul Tarihi: 25.08.1971, RG 01.09.1971/13943.

16 1475 sayılı Kanunun hâlen yürürlükte olan 14. maddesinin dördüncü ve sekizinci fıkralarında yer alan düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 727 vd ile 738 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 264-265; Süzek (n 4) 778, 782 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1210 vd, 1216 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 546 vd; Akyiğit (n 13) 560 vd, 657 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 847 vd, 852; Senyen Kaplan (n 4) 510, 512; Çil, *Kıdem Tazminatı* (n 13) 22 vd.

Kanun koyucunun sayılan hususlara ilişkin bir açıklama yapmamış olmasının bilinçli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bunun bilinçli olmadığı sonucunun benimsendiği bir olasılıkta hükümde boşluk olduğu kanaatine ulaşılır ve boşluğun doldurulması zarureti ortaya çıkar. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, maddenin beşinci fıkrasında, işçinin çalışma süresinin belirlenmesinde önceki iş ilişkisinin neden sona erdiğinin önemli olduğu belirtilmiş ve kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona eren iş ilişkilerinin dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bahsi geçen düzenlemede çalışma süresinin belirlenmesinde önceki iş ilişkisinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi gerektiğine ilişkin anlayış, bütün durumlara özgülenmemiştir. Zira hüküm içinde yapılan atıfla bu durumun, ilgili fıkradan (beşinci fıkra) hemen önceki fıkraya (dördüncü fıkra) ilişkin olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de maddenin beşinci fıkrasında “*Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle...*” ifadelerine yer verilmiş olması ortaya çıkan sonucu desteklemektedir. Dolayısıyla önceki çalışmaların kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi koşulu sadece, Sosyal Sigortalar Kanunu çerçevesinde gerek T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa gerekse yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçilere, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenmesi için aranmaktadır¹⁷.

Açıklananların dışında ifade etmek gerekir ki, maddenin ikinci fıkrasının amacının kıdem tazminatına hak kazanma koşullarını belirlemek olmadığı, düzenleme ile çalışma sürelerinin birleştirilmesine ilişkin şartlar getirildiği unutulmamalıdır. Maddenin lafzının da bilinçli bir şekilde düzenlendiği dikkate alındığında, hükmün sözü ile amacının uyumlu olduğu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de ikinci fıkranın ifadesinin mutlak olduğu ve konuya dair bir istisna getirmedeği anlaşılmaktadır¹⁸.

Sonuç olarak kanun koyucunun çalışma sürelerinin birleştirilmesinde, önceki çalışmaların sona eriş şekline ilişkin farkındalığının olduğu, ancak bunu her duruma yansıtmadığı görülmektedir. Bu bakımdan ikinci fıkrada konuya ilişkin açıklık getirilmemesinin bilinçli olduğu ve hükümde (beşinci fıkrada) belirtilen istisnai hâl hariç olmak üzere, önceki çalışmalar kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erse bile bunların, çalışma süresinin hesaplanmasında göz önünde bulundurulmasının amaç edinildiği ifade edilebilir.

Ulaştığımız sonuç, kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren en son çalışma ilişkisinden önceki çalışmalar için uygulanmalıdır. Örneğin, işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde üç ayrı dönem çalıştığı, ikinci dönem çalışmasının kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde

17 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 739; Süzek (n 4) 782 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1216 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 592; Akyiğit (n 13) 572 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 852; Senyen Kaplan (n 4) 510, 512; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 22-23.

18 Aynı yöndeki görüşler için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 731; Süzek (n 4) 780; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1210 vd; Narmanlioğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 129; Narmanlioğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 335 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 550; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 270; Sümer (n 13) 343; Sümer ve Kayırgan (n 10) 456; Senyen Kaplan (n 4) 510-511. Konuya ilişkin aksi yöndeki görüşler için bkz Tunçomağ ve Centel (n 4) 264; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 849 vd; Seda Arslan Durmuş, *İş Hukukunda Kıdem Kavramı* (On İki Levha 2021) 332; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 21.

sona erdiği ve birinci dönem ve son çalışmasının (üçüncü dönem) ise hak kazandırmayacak biçimde sona erdiği bir durumda, işçinin birinci ve ikinci dönem çalışmaları birleştirilmeli ve ikinci dönem sonundaki ücreti esas alınarak kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Söz konusu örnek uyarınca, ilk dönem çalışmasının ne şekilde sona erdiği önem arz etmez. Ancak aksi yöndeki görüşün¹⁹ kabul edilmesi durumunda, ilk dönem çalışması da çalışma süresine eklenememeli ve sadece ikinci dönem çalışması göz önünde bulundurularak kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.

Aralıklı çalışmalarda kıdem tazminatına esas çalışma süresinin belirlenmesinde hukuki sorunun ortaya çıkmasına neden olan olasılıklardan biri diğeri de, ilgili çalışma dönemi/dönemleri için kıdem tazminatının ödenmiş olmasıdır. Bu noktada 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin sekizinci fıkrasındaki düzenlemenin hukuki soruna etkisi değerlendirilmelidir. Öğretideki bir görüş, anılan hüküm doğrultusunda, işçinin kıdem tazminatı almak suretiyle işyerinden ayrılması ve bir süre sonra aynı işverene ait bir işyerine tekrar girmesi ve yeniden kıdem tazminatına hak kazanması hâlinde, eski çalışma dönemi için kıdem tazminatı ödenmiş olduğundan söz konusu döneme ilişkin sürenin yeni tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmaması gerektiği yönündedir²⁰. Diğer görüş ise, aralıklı çalışmanın tamamı üzerinden hesap edilecek kıdem tazminatı miktarından daha önce alınmış miktarın düşülmesi gerektiği şeklindedir²¹.

Ortaya koyduğumuz bu hukuki sorun açıklığa kavuşturulurken, sadece m.14/VIII değil, m.14/II düzenlemesi de dikkate alınmalıdır. Zira söz konusu fıkra hükümlerinden sadece birinin uygulanması suretiyle sonuca varılamaz. Söz konusu hükümlerin amacının farklı olması, iki hükmün de aynı anda uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Kanun koyucu bahsi geçen düzenleme (1475 sayılı Kanun m.14/VIII) ile işçinin çalışma sürelerinin (kıdeminin) birleştirilmesine ilişkin bir ilke ya da esas getirmemiştir. Düzenleme “kıdem belirlenmesi” ile ilgili değil, işçiye yapılacak “ödemenin miktarı” ile ilgilidir. Dolayısıyla, işçiye önceki çalışmaları için kıdem tazminatı ödenmişse, söz konusu çalışmalarda geçen sürenin kıdem tazminatına esas alınıp alınmayacağı 1475 sayılı İş Kanununun m.14/VIII hükmü ile açıklığa kavuşturulamaz. Düzenleme önceki çalışmalar için ödenen kıdem tazminatının ne şekilde dikkate alınmasını ilgilendirdiğinden, getirilecek çözüm de buna ilişkin olmalıdır. Önceki çalışmalar için kıdem tazminatı ödenmişse, çalışma sürelerinin (kıdem) birleştirilerek tamamının esas alınması, ancak önceden ödenen meblağların mahsubu hükme uygun bir çözüm yoludur. Bu çözüm yolu ile hem m.14/II hükmünün hem de m.14/VIII düzenlemesinin uygulanmasını sağlanmış olacaktır.

19 Tunçomağ ve Centel (n 4) 264; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 849 vd; Arslan Durmuş (n 18) 332; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 21.

20 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 727-728. Aynı yöndeki diğer görüşler için bkz Tunçomağ ve Centel (n 4) 264; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1213 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 269; Akyiğit (n 13) 543-544; Sümer (n 13) 345; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 847; Arslan Durmuş (n 18) 325.

21 Süzek (n 4) 778; Narmanlıoğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 264 vd; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 594; Gaye Baycık, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2011) 277 vd.

C. YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA ARALIKLI ÇALIŞMALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ VE BİRLEŞTİRİLMESİNİN SONUÇLARI

1. YARGITAY KARARLARINDA ARALIKLI ÇALIŞMALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR

a. Yargıtay Tarafından Aranan Şartlara Toplu Bakış

Yargıtay konuya ilişkin "...kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında, işçinin daha önceki fasilalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi, hizmet birleştirmesi için şarttır. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden, tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz...Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde, önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem on yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz..." şeklinde sonuca ulaşmaktadır²².

Karardan da anlaşıldığı üzere, aralıklı çalışmada çalışmaların kıdem tazminatına esas çalışma süresi açısından dikkate alınabilmesi ve çalışma sürelerinin birleştirilebilmesi için üç şart aranmaktadır. Bunlar, "iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi", "kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren iş sözleşmelerine ilişkin çalışma dönemleri açısından tasfiyenin gerçekleşmemiş olması" ve "çalışmalar arasında zamanaşımı süresinin geçmemiş olması"dır. Aşağıdaki açıklamalarımız Yargıtayın aradığı şartlar doğrultusunda yapılmıştır.

b. İş Sözleşmesinin Kıdem Tazminatına Hak Kazandıracak Şekilde Sona Ermiş Olması

aa. İş Sözleşmesinin Sona Eriş Şeklinin Aralıklı Çalışmaların Birleştirilmesine Etkisi

İşçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması hâlinde, kıdem tazminatına esas çalışma süresinin belirlenmesinde söz konusu çalışma dönemlerinin dikkate alınabilmesi için Yüksek Mahkemeye göre ilgili dönemlere ilişkin iş sözleşmeleri kıdem tazminatına hak kazandıracak

22 Yargıtay 9 HD, E 2021/5562 K 2021/9893, 03.06.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/5594 K 2021/9895, 03.06.2021. Ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, E 2022/4670 K 2022/6422, 24.05.2022; Yargıtay 9 HD, E 2021/2776 K 2021/8015, 13.04.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/1401 K 2021/7667, 06.04.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/1662 K 2021/5861, 09.03.2021; Yargıtay 9 HD, E 2020/6950 K 2021/4888, 25.02.2021; Yargıtay 9 HD, E 2020/8030 K 2021/1774, 21.01.2021. 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz Yargıtay 22 HD, E 2017/29044 K 2020/5760, 04.06.2020; Yargıtay 22 HD, E 2018/10262 K 2020/5463, 02.06.2020; Yargıtay 22 HD, E 2017/29154 K 2020/5357, 02.06.2020; Yargıtay 22 HD, E 2017/24344 K 2019/17799, 01.10.2019; Yargıtay 22 HD, E 2019/1515 K 2019/5064, 05.03.2019; Yargıtay 22 HD, E 2018/4838 K 2018/12546, 21.05.2018. BAM kararlarında da aynı anlayışın benimsendiği görülmektedir; bkz Diyarbakır BAM 8 HD, E 2020/147 K 2020/103, 29.01.2020; Ankara BAM 6 HD, E 2017/4709 K 2019/999, 30.04.2019; Bursa BAM 3 HD, E 2018/3972 K 2019/895, 12.04.2019; Sakarya BAM 10 HD, E 2019/82 K 2019/264, 06.03.2019; Bursa BAM 3 HD, E 2018/1608 K 2018/1639, 08.06.2018; İstanbul BAM 29 HD, E 2017/1084 K 2017/565, 19.04.2017 (www.legalbank.net).

şekilde sona ermiş olmalıdır²³. Dolayısıyla, aranan şart açısından bir sonuca ulaşabilmek için her şeyden önce iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği belirlenmelidir.

Yapılan araştırmada iş sözleşmesinin işçi tarafından İşK m.24'te yer alan nedenlere dayanarak veya askerlik ya da evlilik nedeniyle veyahut yaşlılık aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla ya da yaşlılık aylığına hak kazanmak için yaş dışında aranan diğer şartları sağladığı gerekçesiyle feshettiği veya 6356 sayılı Kanun²⁴ m.23 uyarınca profesyonel sendika yöneticisinin feshinin olduğu sonuç ve kanaatine varılırsa, sona ermiş iş ilişkisine ilişkin çalışma süreleri dikkate alınacaktır. Zira söz konusu hâller nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, işçiye kıdem tazminatı hakkı verir (1475 sayılı Kanun m.14 ve 6356 sayılı Kanun m.23)²⁵. Haklı nedeni bulunmayan ya da yukarıda belirttiğimiz nedenler dışında işçinin iş sözleşmesini herhangi bir nedenle feshetmesi durumunda ise – kıdem tazminatı hakkı olmayacağından – söz konusu çalışma dönemine ilişkin çalışma süreleri Yargıtayca göz önünde bulundurulmayacaktır. Örneğin Yargıtay bir kararında “...ilk çalışma dönemi yönünden kardeşinin ölümü nedeniyle işten ayrıldığı, çalışmasına yaklaşık 4 ay ara verdiği, sonra tekrar davalı nezdinde çalışmaya başladığı, bu halde hizmet sürelerinin yıllık ücretli izne esas çalışma süresi dışında birleştirilmesinin mümkün olmadığı [...] kardeşinin ölümü nedeniyle işten ayrılan davacı yönünden bu sebebin kıdem tazminatını ödenmesini gerektirecek haklı sebep teşkil etmediği [...] ilk dönem çalışmasının kıdem tazminatı alacaklarının hesabında dışlanması gerekirken...” sonucuna ulaşmıştır²⁶. Karardan anlaşıldığı üzere, davalıya ait işyerinde iki dönem çalışmış olan işçi, ilk iş sözleşmesini kardeşinin vefatı nedeniyle sona erdirmiştir. Söz konusu durum İşK m.24 uyarınca haklı neden teşkil etmediğinden ve kıdem tazminatına hak kazandıran nedenlerden biri olmadığından (1475 sayılı İş Kanunu m.14) ilk dönem dikkate alınmamıştır.

Görüldüğü üzere, Yargıtay uygulamasında benimsenen durum nedeniyle işçinin herhangi bir nedenle iş sözleşmesini feshetmesi yeterli olmadığı gibi, İşK m.17 uyarınca veya sürelerle uyulmaksızın sözleşmenin işçi tarafından feshi de sürelerin birleştirilmesini sağlayamayacaktır. Nitekim Yargıtay kabul ettiği ilke ve esaslarla uyumlu biçimde, İşK m.17 doğrultusunda işçi tarafından gerçekleştirilen feshi veya haklı neden olmaksızın ve bilirim sürelerine uyulmaksızın işçi tarafından yapılan feshi – terminolojik açıdan ifade şekline katılmasak da – bazı kararlarında “istifa” olarak nitelendirmekte²⁷ ve konuya ilişkin “...istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına

23 Yargıtay 9 HD, E 2021/5562 K 2021/9893, 03.06.2021; Yargıtay 9 HD, E 2016/27098 K 2020/11592, 13.10.2020 (www.legalbank.net). Konunun genel olarak değerlendirilmesi için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 731; Süzek (n 4) 777 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 264; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1210 vd; Narmanlioğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 129; Narmanlioğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 335 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 550; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 270; Akyiğit (n 13) 536 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 847 vd; Senyen Kaplan (n 4) 510-511; Arslan Durmuş (n 18) 332; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 20 vd.

24 Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012/28460.

25 İş sözleşmesinin işçi tarafından feshi hâlinde kıdem tazminatına hak kazandıran durumlara ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 708 vd; Süzek (n 4) 762 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 259-260; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1176 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 569 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 264 vd; Akyiğit (n 13) 112 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 825 vd; Senyen Kaplan (n 4) 503 vd; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 29 vd.

26 Yargıtay 9 HD, E 2015/35593 K 2018/4239, 26.02.2018 (www.legalbank.net).

27 Yargıtay 9 HD, E 2020/3079 K 2020/10129, 01.10.2020; Yargıtay 9 HD, E 2016/4264 K 2019/19683, 12.11.2019; Yargıtay 9 HD, E 2015/21438 K 2019/19009, 04.11.2019.

hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz...” sonucuna ulaşmaktadır²⁸.

İş sözleşmesinin işçi tarafından değil de, işverence sona erdirildiği belirlenmişse, bu durumda, yine Yargıtay tarafından belirtildiği üzere fesih nedeni araştırılarak sonuca ulaşılmalıdır. Eğer iş sözleşmesi işverence İşK m.25/II doğrultusunda feshedilmişse söz konusu çalışmalarda geçen süreler Yargıtaya kabul edilen ilkeler gereğince dikkate alınmayacaktır²⁹. Farklı bir ifadeyle iş sözleşmesi işverence İşK m.25/I, III, IV’te sayılan nedenlerden herhangi biriyle veya geçerli nedenle ya da İşK m.17’ye göre feshedilmişse önceki çalışmalarda geçen süreler kıdem belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır³⁰. Zira İşK m.25/II hariç olmak üzere, işveren tarafından yapılan her türlü fesihle işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır³¹.

Aralıklı çalışma dönemi içinde gerçekleşen bazı iş ilişkilerinin işveren, bazılarının ise işçi tarafından feshedilmiş olması imkân dahilindedir. Böyle bir durumda her çalışma dönemi için yukarıda açıklanan esaslar doğrultusunda değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim Yargıtaya kabul edilen ilke ve esasları benimseyen Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk dairesi bir kararında “... *davacının 20/06/2013-25/03/2014 tarihleri arasında 9 ay 5 gün çalıştığı, tacizler sonrası işten ayrılmak zorunda kalarak iş akdini kendisinin feshettiği ve 14/07/2014 tarihinde yeniden işe girerek 31/07/2015 tarihine kadar 1 yıl 27 gün çalıştığı ve bu tarihte işverence iş akdinin haklı neden olmaksızın feshedildiği gözetildiğinde [...] her iki sürenin birleştirilerek kıdem tazminatının hesaplanmasında bir isabetsizlik bulunmadığı...*” sonucuna ulaşmıştır³². Görüldüğü üzere, karara konu olan olayda işçi iki dönem çalışmış ve ilk dönem çalışması işçi tarafından haklı nedenle (İşK m.24/II), ikinci dönem çalışması ise işverence İşK m.25/II hükmüne dayanılmaksızın feshedilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi dönemleri fesih açısından ayrı ayrı değerlendirerek, sürelerin birleştirilmesine karar vermiştir.

Yargıtayın çalışma sürelerini birleştirmek için aradığı, iş ilişkilerinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi gerektiği yönündeki şartın gerçekleşip gerçekleşmediği sadece fesih açısından

28 Yargıtay 9 HD, E 2021/5562 K 2021/9893, 03.06.2021. Ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/27098 K 2020/11592, 13.10.2020 (www.legalbank.net).

29 İşçinin işverene ait işyerinde üç dönem çalıştığı ve ikinci dönem çalışmasının işverence haklı nedenle feshedildiği bir olayda, ikinci dönem çalışması kıdem tazminatına esas çalışma süresine eklenmemiştir, bkz Yargıtay 9 HD, E 2021/2776 K 2021/8015, 13.04.2021; ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, E 2021/1662 K 2021/5861, 09.03.2021 (www.legalbank.net).

30 İşçinin iki dönem çalıştığı bir olaya ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, iki çalışma döneminin de işverence feshedilmiş olması ve fesih nedeninin kıdem tazminatına hak kazandıracak nitelikte bulunması nedeniyle süreleri birleştirmiştir; karar için bkz İstanbul BAM 26 HD, E 2017/124 K 2017/502, 11.05.2017 (www.legalbank.net).

31 İş sözleşmesinin işveren tarafından feshi hâlinde kıdem tazminatına hak kazandıran durumlara ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 707; Süzek (n 4) 757 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 260; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1174 vd; Narmanhoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 567 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 264 vd; Akyiğit (n 13) 212 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 823 vd; Senyen Kaplan (n 4) 502; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 27-29.

32 Antalya BAM 10 HD, E 2019/9 K 2019/24, 15.01.2019. Aynı yönde bkz Bursa BAM 9 HD, E 2018/2352 K 2019/882, 11.04.2019 (www.legalbank.net).

araştırılmamalıdır³³. Bahsi geçen şart, fesih dışı sona erme hâlleri bakımından da değerlendirilmelidir³⁴. İşçinin ölümü iş ilişkisini sona erdirdiğinden (TBK m.440), fiili olarak aralıklı çalışmanın sonuncusunun ölümle sona ermesi hususu da konumuzu ilgilendirmektedir. İşçinin ölümü kanuni mirasçılara kıdem tazminatı hakkı verdiğiinden (1475 sayılı İş Kanunu m.14), ölümle sona eren iş ilişkisinde geçen süre kıdem tazminatına esas çalışma süresinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulur. Belirli süreli iş sözleşmesi sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiği için işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz (1475 sayılı İş Kanunu m.14). Bu bakımdan belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiği iş ilişkileri kıdem tazminatına esas çalışma süresinin değerlendirilmesinde dikkate alınmaz. Ancak her ne kadar belirli süreli iş sözleşmesi kendiliğinden sona erince işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaksa da Yargıtayın konuya ilişkin getirdiği istisnai durumlardan herhangi birinin bulunması ulaşılan sonucu değiştirecektir. Örneğin Yargıtay, özel öğretim kurumlarında çalışan öğretmenlerin iş sözleşmelerinin sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesi hâlinde kıdem tazminatına hükmetmektedir³⁵. Bunun dışında sözleşmede yer alan hükme dayanarak belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda yenilenmeyeceğine ilişkin işveren tarafından iş ilişkisi devam ederken yapılan bildirim, Yargıtayca işveren feshi olarak kabul edilmekte ve işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır³⁶. Söz konusu durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiğinden işçinin kıdem tazminatına hak kazanması kanaatimizce mümkün değilse de, Yargıtay uygulaması gereği işçi kıdem tazminatı talep edebilmektedir. Dolayısıyla söz konusu sürelerin aralıklı çalışmanın hesaplanmasında Yargıtay içtihatları nedeniyle dikkate alınması gerektiğini söylemek mümkündür.

bb. İş Sözleşmesinin Devam Ettiği Sürenin Aralıklı Çalışmaların Birleştirilmesine Etkisi

Çalışmamızda da açıkladığımız üzere, işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması hâlinde, kıdem tazminatına esas çalışma süresinin belirlenmesinde söz konusu çalışma dönemlerinin dikkate alınabilmesi için Yüksek Mahkemeye göre ilgili dönemlere ilişkin iş sözleşmeleri kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermiş olmalıdır. Bilindiği üzere, kıdem tazminatına

33 Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, Yargıtayın ilke ve esaslarını benimsemiş olmakla birlikte, bir kararında "...Davacının aralıklı çalışmalarının her birinin iş sözleşmesinin feshi ile sonlanıp sonlanmadığı belirlenmeli..." ifadelerine yer vermiştir. Karar için bkz Erzurum BAM 6 HD, E 2018/2994 K 2020/1863, 26.11.2020 (www.legalbank.net). Çalışmamızda açıkladığımız üzere, Yargıtayca aranan şart sadece fesih açısından değerlendirilmemelidir. Zira kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sözleşmenin sona erip ermediği sadece fesihle sınırlı durumlara özgü değildir.

34 Fesih dışı sona erme hâllerine ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 458 vd; Süzek (n 4) 533 vd; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 786 vd; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 334 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 180 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 607 vd; Senyen Kaplan (n 4) 367 vd.

35 Sözleşmenin türünün belirlenmesi açısından konuya ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz Yargıtay İBK, E 2017/1 K 2018/2, 23.02.2018 (www.legalbank.net). Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kapatılması üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından alınan ilke kararında konuya ilişkin açıklık getirilmiştir. İlke kararındaki ifadeler şu şekildedir: "... Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sonunda yenilenmeyeceğinin işveren tarafından bildirilmesi halinde işçinin kıdem tazminatı hakkı mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmeyi yenilemeyeceğini işçi bildirdiğinde kıdem tazminatı talep edilemez. Belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinde sadece Kanun gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapılan hallerle (5580 SY) sınırlı olmak üzere kıdem tazminatı talep edilebilir"; bkz "Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tarafından Eylül 2020 Tarihinde Yapılan Görüşme İle İlkeye Bağlanan Hususlar", Çil, İlke Kararları (n 10) 1633.

36 Yargıtay 9 HD, E 2016/27696 K 2020/622, 20.01.2020; Yargıtay HGK, E 2015/22-922 K 2017/316, 22.02.2017 (www.legalbank.net). Ayrıca bkz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tarafından Eylül 2020 Tarihinde Yapılan Görüşme İle İlkeye Bağlanan Hususlar", Çil, İlke Kararları (n 10) 1633.

hak kazanmak için iş sözleşmesinin sona eriş şekli dışında, işçinin çalışma süresinin uzunluğu da önemlidir³⁷. Ancak Yargıtay, kararlarında araklı çalışmanın birleştirilmesi için aradığı söz konusu şartı (kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erme şartı) sadece iş sözleşmesinin sona ermesi yönünden değerlendirmektedir. İş sözleşmesinin sona ermesi açısından kıdem tazminatına hak kazandıran gerekli şartların (1475 sayılı Kanun m.14) bulunduğu bir durumda, söz konusu iş ilişkisinin bir yıldan az süre ile devam etmiş olması Yargıtayın “iş sözleşmelerinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi gerektiği” yönünde aradığı şartın gerçekleşmediği anlamına gelmez.

Örneğin, bir işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı biçimde üç dönem çalıştığı, her dönemin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erdiği, tasfiyenin de bulunmadığı ve çalışma süresinin her dönem için altı ay olduğu bir durumda, söz konusu işçinin kıdem tazminatına esas toplam çalışma süresi Yargıtayca on sekiz ay olarak tespit edilecektir³⁸.

c. Kıdem Tazminatına Hak Kazandıracak Şekilde Sona Eren İş Sözleşmelerine İlişkin Çalışma Dönemleri Açısından Tasfiyenin Gerçekleşmemiş Olması

Yargıtay kararları doğrultusunda önceki iş ilişkisinde geçen sürelerin birleştirilmesi için aranan diğer şart, iş ilişkisinin tasfiyesine yöneliktir. Burada tasfiyeden kast edilen, sona eren ilgili çalışma dönemine ilişkin hak edilen kıdem tazminatının tamamen ödenmiş olmasıdır³⁹. Dolayısıyla işverenin ilgili dönem/dönemler açısından kıdem tazminatının ödendiğini ispat etmek suretiyle söz konusu dönemlerin dışlanarak çalışma süresinin belirlenmesini sağlaması gerekir⁴⁰.

37 Kıdem tazminatına hak kazanmak için çalışma süresine ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 723 vd; Süzek (n 4) 772 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 262 vd; Mollamahmutuoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1208 vd; Narmanlioğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 97 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 543 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 263; Akyiğit (n 13) 485 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 841 vd; Senyen Kaplan (n 4) 510 vd; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 6 vd, 39.

38 Konuya ilişkin Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi de bir kararında “...aralıklı çalışma hallerinde son dönem çalışması 1 yıldan az olsa bile diğer koşullar oluşmuş ise kıdem tazminatına hak kazanılacağı gibi tüm çalışma süresi üzerinden hesaplanmasının isabetli olduğu...” şeklinde ifadelere yer vermiştir; karar için bkz Samsun BAM 7 HD, E 2019/1114 K 2020/1495, 06.10.2020 (www.kegalbank.net)

39 Yargıtay konuya ilişkin “...Davacının ilk dönem çalışması bakımından, 31.12.2012 tarihinde emeklilik nedeniyle işten ayrıldığı ve davacıya kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının ilk dönem çalışmasının kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edildiğinin kabulüyle sonuca gidilmesi gerekirken...” şeklinde sonuca ulaşmıştır; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2021/13384 K 2022/2237, 23.02.2022 (www.legalbank.net). Aynı yönde bkz Diyarbakır BAM 8 HD, E 2019/67 K 2019/67, 18.12.2019 (www.legalbank.net). İfade edelim ki, BAM’ın bazı kararlarında iş ilişkilerinin kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erdiği durumlar için de tasfiye ifadesinin kullanıldığı, yine öğretilerde de aynı şekilde nitelendirme yapıldığı görülmektedir. Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 849. Antalya BAM bir kararında “...ilk dönem çalışmasının kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde tasfiye edildiğinin davalı işveren tarafından kanıtlanamaması karşısında tazminata esas hizmet süresinin 8 yıl 8 ay 14 gün olarak doğru belirlendiği...” şeklinde ifadelere yer vermiştir. Karar için bkz Antalya BAM 10 HD, E 2019/1099 K 2019/1205, 25.06.2019 (www.legalbank.net). Karara konu olan olaydaki bir çalışma dönemi kıdem tazminatının ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona erdiğinden, farklı bir deyişle kıdem tazminatına hak kazandıran neden olmadığından ilgili dönemin tasfiye edildiğinden bahsedilmiştir. Konunun genel olarak değerlendirilmesi için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 727-728; Süzek (n 4) 778; Tunçomağ ve Centel (n 4) 264; Mollamahmutuoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1213 vd; Narmanlioğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 264 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 593 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 269; Akyiğit (n 13) 543 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 847 vd; Baycık (n 21) 277 vd; Arslan Durmuş (n 18) 325.

40 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında “...1.882,00 TL tutarındaki ödemenin kıdem tazminatı ödemesi mi, yoksa ücret ödemesi mi olduğu hususu netleştirilmelidir. Anılan ödemenin davacının ilk dönem çalışmasının karşılığı olan kıdem

Her ne kadar Yargıtay 1475 sayılı İş Kanunu m.14/VIII hükmü uyarınca tasfiyeye ilişkin şartı aramaktaysa da, bu yaklaşım bazı olaylar için aynı şekilde uygulanabilir olma özelliğini yitirmektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında “...*Davacı davalılara ait işyerinde 05.06.1994-31.08.1994 (1. dönem), 01.12.1995-28.01.1998 (2.dönem),03.12.2001-14.01.2008 (3. dönem) ve 08.03.2008 – 13.02.2013 (4. dönem) tarihleri arasında çalışmış olup, 3.dönem olan çalışmasından dolayı, davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek, ibraname alınmak suretiyle bu dönem tasfiye edilmiştir. Mahkemece 3. dönemin tasfiye nedeniyle dikkate alınmaması isabetlidir. Ancak davalı taraf zamanaşımı definde bulunmuştur. Tasfiye edilen 3. dönem dikkate alınamayacağından, davacının 1. ve 2.dönem çalışması ile 4. dönem çalışması arasında 10 yıllık süre geçmiştir. 1. ve 2. dönem 3. döneme göre zamanaşımına uğramadığına göre bu dönemlerin 3. dönemle birleştirilmesi, 14.01.2008 tarihindeki ücret üzerinden değerlendirilmesi gerekir. Bu durum ihbar tazminatını etkilemeyeceğinden, 1. ve 2. dönemin 3. Dönemle birleştirilerek davacının 14.01.2008 tarihindeki ücreti üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalı ve ödenen kıdem tazminatı mahsup edilerek varsa bakiye kıdem tazminatına hükmedilmelidir...*” sonucuna ulaşmıştır⁴¹. Bu örnek karar, zamanaşımı yanında tasfiyeyi de ilgilendirmektedir. Kararda dikkat çeken yönlerden biri, ilk iki dönem için kıdem tazminatı ödenmemiş ve sadece üçüncü dönem için ödenmiş olmasına rağmen, üçüncü dönem açısından tasfiyeden bahsedilmiş olmasıdır. Dikkat çeken bir diğer nokta ise üçüncü dönem için ödeme yapılmış olmasına karşın, birinci ve ikinci dönemde geçen çalışma sürelerinin üçüncü döneme eklenerek üçüncü dönem sonundaki ücret üzerinden tazminatın hesaplanması gerektiğinin belirtilmesidir. Söz konusu karardaki yaklaşımın, Yargıtayın diğer kararlarında benimsediği anlayışla aynı olmadığı görülmektedir. Bunun nedeni ise, söz konusu karara konu olan olayın özelliğidir. Daha net bir deyişle önceki ya da en sondaki çalışma dönemine ilişkin değil de, aradaki döneme yönelik ödeme yapılmış olması Yargıtayın kendi içinde benimsediği esasla çelişmesine yol açmıştır.

Burada ayrıca önceki dönemler için kıdem tazminatının eksik ödenmesinin çalışma süresinin tespitine etkisi de değerlendirilmelidir. Yargıtay bazı kararlarında “...*tasfiye edilen dönem için yapılan ödemelerin yasal hakların altında kaldığının anlaşılması halinde yine tasfiye esası benimsenmekle birlikte, zamanaşımı def’inden etkilenmemesi halinde ilgili döneme ilişkin fark alacak, ait olduğu dönem ücretine göre belirlenmelidir...*” sonucuna ulaşmıştır⁴². Kararlara konu olan olaydaki somut değerlendirmeler

tazminatı ödemesi olduğu sonucuna varıldığı takdirde, davacının ilk dönem çalışmasının tasfiye ile sonuçlandığı kabul edilerek değerlendirme yapılmalı, aksi takdirde davacının iki döneme ait çalışma süresi toplanarak, fesih tarihindeki son brüt ücreti üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı alacağı ve ihbar tazminatı alacağı hüküm altına alınmalıdır...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz Yargıtay 22 HD, E 2017/11767 K 2018/7863, 27.03.2018. Ayrıca bkz Bursa BAM 3 HD, E 2018/1319 K 2018/1386, 10.05.2018 (www.legalbank.net).

41 Yargıtay 9 HD, E 2015/16544 K 2017/18426, 16.11.2017. www.legalbank.net.

42 Yargıtay 9 HD, E 2021/8663 K 15273, 02.11.2021; Yargıtay 9 HD, E 2022/4218 K 2022/5075, 21.04.2022; Yargıtay 9 HD, E 2022/4207 K 2022/5074, 21.04.2022. 9. Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği kararında “...*davacının ilk dönem sonundaki kıdem tazminatı eksik ödenmiştir. Mahkemece yapılacak iş, emeklilikle sona eren ilk dönem için o tarihteki son ücret üzerinden kıdem tazminatını hesaplatıp ödenen düşüldükten sonra varsa bakiyesi için ilk fesih tarihinden itibaren faiziyle tahsiline karar vermek, ayrıca ikinci dönem için bağımsız hesap yaptırıp bu dönem için ödeme söz konusu olmadan da belirlenecek kıdem tazminatını ikinci fesih tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte ayrıca hüküm altına almaktır...*” ifadelerine yer verilmiştir; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/5826 K 2019/22774, 19.12.2019 (www.legalbank.net). 22. Hukuk Dairesi bazı kararlarında aynı ve benzer ifadelere yer vermiştir; bkz Yargıtay 22 HD, E 2017/43243 K 2017/23881, 02.11.2017; Yargıtay 22 HD, E 2017/43238 K 2017/23877, 02.11.2017. Söz konusu ifadelerin yer aldığı bir kararda somut olay açısından ulaşılan sonuç şu şekildedir: “...*ilk dönem, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin alacağı eksik de*

bir kenara bırakılırsa, kararlarda geçen söz konusu genel ifadelerden her çalışma dönemine ilişkin hesaplama yapılması gerektiği ve birleştirmenin yapılamayacağı sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin birleşme sonrası, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinde 05.11.2020 tarihinde görüşülen konular neticesinde konuya ilişkin yer verilen açıklamalar ise şu şekildedir: “...*önceki dönem için fesih tarihindeki ücret ve ekleriyle birlikte yapılan hesaba göre kıdem tazminatı hiç ödenmemiş veya eksik ödenmişse, çalışma döneminin tasfiyesinden söz edilemez. İşçinin zamanaşımı defî süresi içinde yeniden işe girerek aynı işveren nezdinde işe başlaması ve kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş ilişkisinin sonlanması halinde, 1475 sayılı Kanununun 14/2. maddesi hükmü gereği her iki dönem birleştirilerek ve son dönem ücretiyle hesaplama yapılır...*”⁴³. Dolayısıyla, Yargıtay, tasfiye açısından kıdem tazminatının tamamının ödenmesi gerektiğini aramakta ve tamamının ödenmiş olduğu durumlarda önceki çalışma dönemini/dönemlerini çalışma süresinin belirlenmesinde esas almamaktayken, kısmi ödeme hâlinde ise önceki çalışma sürelerini kıdem tazminatına esas çalışma sürelerine eklemektedir.

Önceki döneme/dönemlere ilişkin kısmi ödenen kıdem tazminatının mahsubu gerekecekse de bunun ne şekilde gerçekleştirileceği de önemli bir husustur. Bilindiği üzere, fesih olmaksızın SGK kayıtlarında çıktı-girdi işlemi yapıldığında işverence kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeler avans olarak nitelendirilmekte ve iş ilişkisinin gerçekten sona erdiği tarihte işçinin hak kazandığı kıdem tazminatı, son ücreti üzerinden bütün çalışma süresi gözetilerek hesaplanmakta, avans niteliğinde sayılan ödemelere ise ödeme tarihinden fesih tarihine kadar faiz yürütülerek hak edilen kıdem tazminatından mahsup işlemi gerçekleştirilmektedir⁴⁴. İşverenin ileride sırf daha az kıdem tazminatı ödemek için

olsa ödenerek sonlandırılmıştır. O halde; bu dönem bakımından kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin alacağıının bu dönemin son bulduğu tarihteki ücret seviyesine göre hesaplanması, ödenen 4.000,00 TL'nin ise her 3 alacak kalemine de oranlanarak mahsubu yapılması gerekirken bu dönemin sonraki dönem ile birleştirilmesi ve mahsubun sadece kıdem ve ihbar tazminatından yapılması doğru görülmemiştir...”; karar için bkz Yargıtay 22 HD, E 2018/10262 K 2020/5463, 02.06.2020. Erzurum BAM 6. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak bir kararında kısmi ödeme hâlinde ilgili dönem açısından fark kıdem tazminatı alacağına söz konusu döneme ilişkin son ücret üzerinden hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başka bir deyişle, her ne kadar kararda kısmi ödeme hâlinde çalışmaların birleştirilemeyeceği açıkça belirtilmemişse de kararın bütününden Bölge Adliye Mahkemesinin kısmi ödeme hâlinde sürelerin birleştirilemeyeceği kanaatinde olduğunu söylemek yanlış olmaz; karar için bkz Erzurum BAM 6 HD, E 2018/2994 K 2020/1863, 26.11.2020 (www.legalbank.net).

43 Çil, İlke Kararları (n 10) 1639. Ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, E 2022/4670 K 2022/6422, 24.05.2022; Yargıtay 9 HD, E 2020/1580 K 2021/5099, 25.02.2021; Yargıtay 9 HD, E 2020/2695 K 2020/10160, 01.10.2020; Yargıtay 9 HD, E 2016/31297 K 2020/15996, 12.11.2020 (www.legalbank.net). 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararı için bkz Yargıtay 22 HD, E 2019/1515 K 2019/5064, 05.03.2019. Öğretide aralıklı çalışmada kıdem tazminatının hesaplanmasına ilişkin öne sürülen görüş, çalışma sürelerinin birleştirilmesini de ilgilendirmektedir. Buna göre, “...*emeklilik sebebiyle sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatı muaccel olmuştur ve SGK'dan alınan belgenin işverene tevdi edilmesiyle kıdem tazminatının faizi de işlemeye başlayacaktır. Bu çerçevede ilk dönem muaccel olmuş kıdem tazminatı alacağı ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmasıyla doğabilecek kıdem tazminatı hakkı ve miktarını birbirinden ayrı değerlendirmek isabetli olur...*”, Efe Yamakoğlu, ‘Emekliliğe Hak Kazananın İş İlişisine Etkisi’ (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 145, 160; Ayrıca bkz Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 22.

44 Feshe rağmen aralıksız çalışma durumuna ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 729; Süzek (n 4) 779-780; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1229 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 851-852; Senyen Kaplan (n 4) 511. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 9 HD, E 2022/8934 K 2022/8962, 13.09.2022; Yargıtay 9 HD, E 2022/4670 K 2022/6422, 24.05.2022; Yargıtay 9 HD, E 2021/5594 K 2021/9895, 03.06.2021; Yargıtay 9 HD, E 2020/8030 K 2021/1774, 21.01.2021 (www.legalbank.net).

kıdem tazminatı adı altında yaptığı ödemelere (avanslara) dahi faiz yürütülerek mahsup işleminin gerçekleştirildiği gözetildiğinde, işverenin gerçek bir fesih işlemi sonucunda kıdem tazminatını ödemesi ancak ödemeyi eksik yapması durumunda faiz işletilmesi – Yargıtay uygulaması karşısında – evlâyetle isabetli olur. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin birleşme sonrası, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 05.11.2020 tarihli görüşmeleri neticesinde, ödenen kıdem tazminatının yasal faizi ile birlikte mahsup edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁵.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise ilgili dönem/dönemler açısından kıdem tazminatının tamamen ödenmesinin ancak diğer işçilik alacaklarına ilişkin önceki dönem/dönemler bakımından ödeme yapılmamış ya da eksik yapılmış olmasının tasfiyeye etkisidir. İşçinin davalıya ait işyerinde üç dönem çalıştığı bir olaya ilişkin Yüksek Mahkeme “...Davacının 11/02/2014-28/09/2016 tarihleri arasındaki ikinci çalışma döneminde; işveren iş akdi feshi sonrası davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapmış olup, hak etmiş olduğu tazminatlar ödendiğinden bu çalışma dönemi tasfiye edilmiş sayılmalıdır...” şeklinde sonuca ulaşmıştır⁴⁶. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de kararında “...kıdem tazminatı bordrosunun sunulduğu, mahkemeye bu belgeye istinaden davacının ilk dönem çalışmasının tasfiye edildiğinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Ancak İhbar öneli verilmeksizin ya da ihbar tazminatı ödenmeksizin yalnızca kıdem tazminatının ödendiği çalışma dönemleri yönünden tasfiye esas kabul edilmemeli, ödenen tutar avans kabul edilerek faizi ile birlikte mahsup edilmelidir...” şeklinde ifadelerle yer vermiştir⁴⁷. İki dairenin kararlarında geçen ifadelerden ilk bakışta diğer işçilik alacaklarının da ödenmiş olması ya da olmaması nedeniyle tasfiyeden bahsedildiği/bahsedilemeyeceği şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Ancak belirleyebildiğimiz kadar ile Yargıtay güncel kararlarında tasfiye unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken her bir alacak özelinde ödemenin yapıp yapılmadığını araştırmaktadır. Diğer bir söylemle, kıdem tazminatının ödenmiş olması ancak ihbar tazminatının ödenmemiş ya da eksik ödenmiş olması, kıdem tazminatı bakımından tasfiyenin gerçekleşmediği anlamına gelmez. Aynı şekilde kıdem tazminatının ödenerek dönemin kıdem tazminatı açısından tasfiye edilmiş olması, diğer işçilik alacakları açısından tasfiyenin gerçekleştiği sonucunu doğurmamaktadır⁴⁸.

45 Çil, İlke Kararları (n 10) 1639. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararında yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...davacının 2003-2004 döneminde almış olduğu ücretin ve buna göre kıdem tazminatına esas ücretinin belirlenmesi, belirlenen bu ücret miktarı üzerinden davacıya ödenmesi gereken kıdem tazminatı hesaplanarak davalının ödediği kıdem tazminatının mahsup edilmesi, anılan ilkeler uyarınca kıdem tazminatı ödemesi hesaplanan tazminat miktarını karşılıyor ise 2003-2004 çalışma döneminin tasfiye edildiği kabul edilerek şimdiki gibi karar verilmesi, aksi halde ise 2003-2004 çalışma dönemi sonraki çalışma dönemi ile birleştirilerek son çalışma dönemindeki ücret üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatından talebi faizi ile birlikte kıdem tazminatı ödemesi mahsup edilerek belirlenecek bakiye tutar üzerinden kıdem tazminatı tasfiye hakkında bir karar verilmesi gerekir...”; karar için bkz Yargıtay 22 HD, E 2019/1515 K 2019/5064, 05.03.2019 (www.legalbank.net). Görüldüğü üzere, eksik ödeme hâlinde önceki sürenin birleştirilmesi gerektiği ve önceden önden kıdem tazminatının faizi ile birlikte mahsup edilmesi gerektiği sonuçlarına varılmıştır.

46 Yargıtay 9 HD, E 2022/4751 K 2022/5438, 27.04.2022 (www.legalbank.net).

47 Yargıtay 22 HD, E 2017/29044 K 2020/5760, 04.06.2020 (www.legalbank.net).

48 Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin kararındaki ifadeler şu şekildedir: “...kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek çalışılan önceki dönemin tasfiyesi, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık izin ücretine hak kazanma ile bunların hesaplanması bakımından söz konusu dönemin dışlanması sonucunu doğurmaz. Mahkemeye kıdem ve ihbar tazminatı ödendiği iddia edilen önceki dönemin tasfiye edildiği kabul edilerek davacının fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık izin ücreti alacaklarının da 21.05.2012-12.02.2015 tarihleri arasındaki dönem için hesaplanması hatalıdır...”; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/28475 K 2020/14802, 04.11.2020 (www.legalbank.net).

d. Kıdem Tazminatına Hak Kazandıracak Şekilde Sona Eren ve Tasfiye Edilmeyen Çalışma Dönemleri Açısından Zamanaşımı Süresinin Geçmemiş Olması

Yargıtay, aralıklı çalışmalarda ilgili dönemlerin kıdem tazminatına esas çalışma süresine eklenebilmesi için zamanaşımı süresi açısından da değerlendirme yapmaktadır⁴⁹. Örneğin Yüksek Mahkeme “...davacının davalıya ait işyerinde 27.06.2001-15.03.2002, 03.05.2002-20.10.2003 ve 05.05.2005-05.07.2006 tarihleri arasında üç dönem halinde çalıştığı anlaşılmakta olup, bu durum mahkemenin de kabulündedir. Öncelikle, Mahkemece davacının ilk iki çalışma dönemi yönünden taleplerin zamanaşımına uğradığına karar verilmiş ise de, çalışmalar sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmadığından hizmet süresi bakımından taleplerin zamanaşımına uğradığından söz etmek mümkün olmayıp...” sonucuna ulaşmıştır⁵⁰. Öncelikle ifade edelim ki, bu görüşün devamı halinde zamanaşımı süresi İş Kanunu ek üçüncü madde gereği beş yıl olarak uygulanacaktır⁵¹.

Görüldüğü üzere Yargıtay, aralıklı çalışmalar arasında zamanaşımı süresini aşacak şekilde süre geçmişse, önceki çalışma süresinin dikkate alınamayacağına hükmetmiştir. Ayrıca Yargıtay 7. Hukuk Dairesi bir kararında, işçinin çalıştığı iki dönem arasında on yıl geçmemiş olmasına rağmen; ilk dönemin sona erdiği tarih ile dava tarihi arasında on yıl geçmiş olduğu gerekçesiyle, önceki çalışmadan doğan kıdem tazminatı alacağına zamanaşımına uğradığı sonucuna ulaşmıştır⁵².

Çalışmamızda da ifade ettiğimiz üzere, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin ikinci fıkrasında işçilerin kıdemlerinin iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasıllarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanacağı belirtilmiştir. Ayrıca işçinin kıdem tazminatı alacağı parasal olarak zamanaşımına uğrarsa da “çalışma süresi” zamanaşımına uğramayacaktır⁵³. Zamanaşımı süresi, kanaatimizce son dönem çalışmasının sona erdiği

49 Kıdem tazminatında zamanaşımına ilişkin açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 746-747; Süzek (n 4) 791; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1247-1248; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 598 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 270; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 276; Nurşen Caniklioğlu, ‘İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ (2019) Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017 23-24 Kasım 2018 185, 355; Sümer ve Kayırgan (n 10) 456, 496 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 583 vd; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 67.

50 Yargıtay 9 HD, E 2016/27098 K 2020/11592, 13.10.2020. Yüksek Mahkemenin iki çalışma arasında on yıl geçmediğinden zamanaşımının dikkate alınmaması gerektiği yönündeki diğer kararları için bkz Yargıtay 9 HD, E 2017/8593 K 201815806, 13.09.2018; Yargıtay 22 HD, E 2017/29154 K 2020/5357, 02.06.2020; Yargıtay 22 HD, E 2017/24344 K 2019/17799, 01.10.2019 (www.legalbank.net). Bununla birlikte Yargıtay bir kararında yine çalışmalar arasında geçen sürenin önemli olduğunu vurgulamış, ancak ulaştığı sonuç “...22.05.2015 tarihinde açılmış olan davada kıdem tazminatı [...] alacağı istenmiştir. Davacının ilk dönem 08.06.1997-31.12.2003 tarihleri arası, ikinci dönem 28.07.2010 – 13.08.2013 tarihleri arası çalıştığı, iş sözleşmesinin 13.08.2013 tarihinde sona erdiği anlaşılmaktadır. Davalı vekilinin cevap dilekçesinde zamanaşımı def’inde bulunmasına göre ilk dönem çalışmasının zamanaşımına uğradığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacının ilk dönem çalışmasına ilişkin kıdem tazminatı [...] alacağının zamanaşımına uğradığı gözetilmeden hizmet süreleri toplanarak yazılı şekilde kıdem tazminatı [...] alacağının kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur...” şeklindedir. İki çalışma arasında on yıl geçen bir olaya ilişkin kararında “...Somut uyuşmazlıkta davacı işçinin davalı işveren nezdinde ilk dönem çalışma süresi sonu olan 12/09/1990 tarihinden sonra işyerinde 27/05/2003 tarihinde çalışmaya başladığı, ilk dönemin sona ermesinden sonra kıdem ve ihbar tazminatı için aranan 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılmaktadır...” ifadelerine yer vermiştir. Karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/19800 K 2020/7438, 14.09.2020.

51 Yüksek Mahkeme bir kararında hem on yıl hem de beş yıllık sürelerin geçip geçmediğini değerlendirmiştir; karar için bkz Yargıtay 22 HD, E 2017/11325 K 2018/5256, 28.02.2018. Ayrıca bkz Caniklioğlu (n 49) 356.

52 Yargıtay 7 HD, E 2013/3891 K 2013/12357, 01.07.2013 (www.legalbank.net).

53 Caniklioğlu (n 49) 356.

tarih itibariyle işlemeye başlamalıdır. Zira son çalışmanın sona erdiği tarih itibariyle kıdem tazminatı alacağı muaccel olur. Ancak ne var ki bu durumda da önceki dönemin kıdem tazminatına esas çalışma süresi bakımından göz önünde bulundurulması için – çalışma süresi zamanaşımına uğrayamayacağından – kanaatimizce dönemler arasında geçen sürenin uzunluğu önemli değildir.

Ulaştığımız sonuç uyarınca, kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren en son çalışma ilişkisinden itibaren zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gerektiği düşüncesindeyiz. Örneğin işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde üç ayrı dönem çalıştığı, ikinci dönem çalışmasının kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erdiği ve son çalışmasının (üçüncü dönem) ise hak kazandırmayacak biçimde sona erdiği bir durumda, işçinin birinci ve ikinci dönem çalışmalarının birleştirilmesi ve ikinci dönemdeki iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gerektiği kanaatindeyiz. Çalışmamızda benimsediğimiz görüş doğrultusunda, vermiş olduğumuz örnekteki olayda ilk dönem çalışmasının ne şekilde sona erdiği önem arz etmeyecektir. Yargıtay uygulamasının kabulü hâlinde zamanaşımı süresi yine ikinci dönemdeki iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacaksa da, birinci ve ikinci dönem arasında geçen süre, ayrıca ilk iş ilişkisinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erip ermediği ve tasfiyenin bulunup bulunmadığı araştırılarak kıdem tazminatına esas çalışma süresi belirlenmelidir.

2. ARALIKLI ÇALIŞMALARIN YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA DEĞERLENDİRİLMESİ NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR

a. Aralıklı Çalışmalar Hâlinde Kıdem Tazminatının Hesaplanmasında Esas Alınacak Çalışma Süresi Açısından Ortaya Çıkan Sonuç

İşçinin aralıklı çalışmalarının birleştirilip birleştirilmeyeceği hususu ile birleştirilmesi gerektiği sonucuna varıldığında ilgili dönemlerin ne kadarlık kısmının kıdem tazminatına esas çalışma süresine ekleneceği hususu birbirinden ayrı hukuki sorunlardır. Dolayısıyla işçinin farklı dönemlerde çalışmasının olduğu bir durumda, öncelikle yukardaki açıklamalar uyarınca dönemlerin kıdem tazminatına esas çalışma süresi bakımından dikkate alınıp alınmayacağı araştırılmalıdır. Daha net bir söyleyişle, “iş ilişkisinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erip ermediği”, “söz konusu çalışmaların kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilip edilmediği” ve “çalışmalar arasında zamanaşımı süresinin geçip geçmediği” değerlendirilmelidir. Yapılan değerlendirme sonucunda dönemlerin dikkate alınacağı kanaatine varılırsa, her dönemin çalışma süresinin uzunluğu tespit edilmelidir. Bu noktada örneğin her dönem bakımından iş ilişkisinin ne zaman başladığı, raporlu sürelerin uzunluğu, askı hâlinin olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınacaktır⁵⁴. Özetlemek gerekirse, her dönem kendi içinde değerlendirilip sonuca ulaşılmalıdır.

54 Yargıtayın kıdem belirlenmesine ilişkin genel yaklaşımı için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/27098 K 2020/11592, 13.10.2020 (www.legalbank.net). Konunun genel olarak değerlendirilmesi için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 723 vd; Süzek (n 4) 772 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 262 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1208 vd; Narmanlıoğlu, Kıdem Tazminatı (n 13) 97 vd; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 543 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 263; Akyiğit (n 13) 487 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 845 vd; Senyen Kaplan (n 4) 510 vd.

Yargıtayın kararına konu olan bir olayda işçi üç dönem çalışmış, ilk iki dönemki çalışması kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erdiği için dikkate alınmamış, son çalışması ise işçi tarafından haklı nedenle feshedilmişse de (İşK m.24/II) son çalışma süresi bir yıldan az olduğu ve önceki çalışmalar da dikkate alınmadığı için kıdem tazminatı talebi reddedilmiştir⁵⁵. Bununla birlikte yukarıda da açıkladığımız üzere, aralıklı çalışmalarda süresi bir yıldan az olan çalışmaların dikkate alınmayacağı şeklinde bir sonuca ulaşılmamaktadır.

b. Aralıklı Çalışmalar Hâlinde Kıdem Tazminatının Hesaplanmasında Esas Alınacak Son Ücret ve Faiz Açısından Ortaya Çıkan Sonuç

Yapılan değerlendirme sonunda işçinin çalışma süresi açısından kıdem tazminatına hak kazanmak için gerekli şartları sağladığı kanaatine varıldığında, kıdem tazminatının hesaplanmasında esas alınacak son ücret belirlenmelidir⁵⁶. Daha net bir deyişle, işçinin birden fazla dönem çalıştığı dikkate alındığında son ücretin hangi andaki ücret olduğu açıklanmalıdır.

İşçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı biçimde üç dönem çalıştığı, her dönemin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erdiği ve tasfiyenin de bulunmadığı bir durumda, esasen üç dönem bakımından son ücret vardır. Ancak önceki çalışma sürelerinin kıdeme eklenmesi, söz konusu dönemlerdeki son ücretin de dikkate alınması gerektiği sonucunu doğurmaz. Önemli olan fesih açısından kıdem tazminatına ilişkin şartın sağlandığı son ilişkinin sona erdiği tarihteki ücrettir. Vermiş olduğumuz örnekte işçinin son döneminin (üçüncü döneminin) sona erdiği tarihteki ücret belirlenerek kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.

Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, her somut olayda aralıklı çalışmaların en sonuncusu üzerinden tazminata esas giydirilmiş brüt ücretin belirlenmesi gerektiği yönündeki genel ve geçer bir yaklaşım doğru olmaz. Yargıtay bir kararında “...davacının Sosyal Güvenlik Kurumundan yaşlılık aylığı almaya başlamasına rağmen asıl işverene ait işyerindeki çalışmasına kesintisiz çalıştığı, bu çalışmasının istifa ile sonuçlanması sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanamaz ise de, emeklilik tarihine kadar geçen süre için kıdem tazminatı alacağına hak kazandığı sonucuna varılmıştır. Mahkemeye davacının emeklilik tarihine kadar olan çalışma süresi yönünden kıdem tazminatı alacağına hükmedilmesi yerinde ise de, tazminata esas ücretin belirlenmesinde hata yapıldığı anlaşılmaktadır [...] Davacının emeklilik tarihinden sonraki çalışması istifa ile sona erdiğinden [...] bu dönem sonundaki ücrete göre kıdem tazminatı hesaplanması yerinde değildir. Kıdem tazminatının hesaplanmasında esas alınması gereken (son) ücret, davacının emeklilik tarihindeki

55 Kararda yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Davacının 05/08/2017-30/12/2017 tarihleri arasındaki üçüncü çalışma döneminde ise hak kazandığı fazla mesai alacaklarının ödenmemesi ve ücretinin Sosyal Güvenlik Kurumuna eksik bildirilmesi sebebiyle işçi tarafından haklı fesih iddiasında bulunulmuş ise de bu dönem bakımından da hizmet süresi 1 yılı doldurmadığından kıdem tazminatı hakkı doğmamıştır...”, karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2022/4751 K 2022/5438, 27.04.2022 (www.legalbank.net).

56 Kıdem tazminatının hesaplanmasına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 740 vd; Süzek (n 4) 786 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 268-269; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1230 vd; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 584 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 274 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 856 vd; Sümer ve Kayırgan (n 10) 473 vd; Senyen Kaplan (n 4) 510; Çil, Kıdem Tazminatı (n 13) 39 vd.

ücrettir...” sonucuna ulaşmıştır⁵⁷. Karara konu olan olayda işçi, 25.07.2011 tarihinde emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmiş ve aynı işverene ait işyerinde çalışmasını sürdürmüş, son dönem çalışmasını ise haklı nedeni olmaksızın sona erdirmiştir. Bu noktada her ne kadar aralıklı çalışmaların en sonuncusu 30.06.2012 tarihinde bitmişse de, kıdem tazminatına esas giydirilmiş ücreti anılan tarihe göre değil, kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde çalışmasının sona erdiği en son tarih olan 25.07.2011 tarihine göre belirlenmiştir. Yargıtayın yaklaşımının içtihatlarında benimsediği anlayışa uygun olduğu söylenmelidir.

Aralıklı çalışmaların birleştirilmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren en son iş ilişkisinden bittiği tarihten itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilir. Farklı bir söyleyişle, kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş olan son iş ilişkisinden önceki iş ilişkilerinin sona erdiği tarih, faizin işlemeye başlayacağı zamanın tespiti açısından önemli değildir.

III. ARALIKLI ÇALIŞMALARIN İHBAR TAZMİNATINA ESAS ÇALIŞMA SÜRESİNE ETKİSİ

A. ARALIKLI ÇALIŞMALARDA İHBAR TAZMİNATINA ESAS ÇALIŞMA SÜRESİNİN BELİRLENMESİNDE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN OLASILIKLAR

İşçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması durumunda bildirim sürelerinin ne şekilde belirleneceği önemli bir hukuki sorundur. Bildirim sürelerinin tespiti esas olarak ihbar tazminatı açısından önemliyse de, bildirim süreleri Kanunda başka durumlarla da ilişkilendirilmiştir. Örneğin İşK m. 17 uyarınca kötüniyet tazminatı, bildirim süresinin üç katı tutarındadır. Ayrıca İşK m.25/I, (b) (2)'de ve m.25/IV'te işveren açısından derhâl fesih hakkının doğması için gerekli olan bekleme süresinin hesaplanması, bildirim süresi doğrultusunda yapılır. Bildirim sürelerine atıf yapan hükümler belirtilenlerden ibaret değildir. Bunların dışında İşK m.15, m.21, m.23, m.27, m.59/son'da düzenlenen konular da bildirim süreleri ile ilişkilendirilmiştir.

İşçinin aynı işverene ait işyerlerinde aralıklı çalışması durumunda ihbar tazminatına esas çalışma süresinin tespiti açısından hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olan olasılıkların neler olduğu kısaca belirtilmelidir. İşçinin önceki çalışması/çalışmaları ihbar tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş ve işçiye söz konusu çalışmaları için ihbar tazminatı ödenmiş veya ödenmemiş olması imkân dahilindedir. Önceki çalışmanın/çalışmaların ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermemiş olması da karşılaşılabilecek bir olasılıktır. Şüphesiz önceki çalışması/çalışmaları

57 Yargıtay 9 HD, E 2022/781 K 2022/2159, 22.02.2022. Başka kararına konu olan olayda işçi, davalıya ait işyerinde 24.03.2003-07.04.2006 ile 01.10.2006-31.10.2012 tarihleri arasında iki dönem halinde çalışmış ve ilk çalışma dönemi yönünden iş sözleşmesinin askerlik nedeniyle feshedildiği anlaşılmış, ikinci çalışma dönemi kıdem tazminatına hak kazanmayacak şekilde sona erdiğinden, ilk çalışma döneminin sonundaki ücret esas alınarak hesaplama yapılmıştır; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/32884 K 2020/17081, 26.11.2020.

ihbar tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş ancak son çalışması ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermemiş olabilir.

B. KANUNİ DÜZENLEME DOĞRULTUSUNDA ARALIKLI ÇALIŞMALARIN BİRLEŞTİRİLİP BİRLEŞTİRİLEMEMEYECEĞİ SORUNU

4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinin dördüncü fıkrasında bildirim şartına uymayan tarafın, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olduğu hükmüne bağlanmıştır. Bilindiği üzere söz konusu tazminat, ihbar tazminatıdır⁵⁸. Hükümden de anlaşıldığı üzere, tazminatın miktarı bildirim süresi ile ilişkilendirilmiştir. Bildirim süreleri ise maddenin birinci fıkrasında işçinin kıdemine göre tespit edilmiştir. Buna göre, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.

İşçinin aralıklı çalışması durumunda ise ihbar tazminatına esas çalışma süresinin, dolayısıyla bildirim sürelerinin ne şekilde belirleneceğine ilişkin Kanunda açıklık getirilmemiştir. Kanun koyucu aralıklı çalışmalar açısından İşK m.18/IV hükmünde “İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerle birleştirilerek hesap edilir” ve İşK m.54/I hükmünde “Yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürelerin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önünde alınır” düzenlemelerine yer vermiştir. Hükümde her ne kadar aralıklı çalışma ifadesine açıkça yer verilmemişse de bir işyerinde geçen ve birleştirilen süreler, eşyanın tabiatı gereği aralıklı geçen sürelerini işaret etmektedir⁵⁹.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucu aralıklı çalışmada ihbar tazminatına esas çalışma süresinin ne şekilde belirlenmesi gerektiğini açıkça düzenlememiştir⁶⁰. Konuya ilişkin düzenleme yapılmamasının nedeninin bilinçli olup olmadığı ulaşılabilecek sonuç açısından önemlidir. Bu konuda sonuca ulaşırken sadece İşK m.17 düzenlemesinin lafzı değil, amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bilindiği üzere, düzenlemenin amacı, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedileceği durumlarda taraflardan birine sözleşme serbestisi doğrultusunda fesih hakkını tanımak ve diğer taraftan sözleşmesi feshedilecek kişiye belli bir süre vermek suretiyle söz konusun kişinin (işçi ya da işveren) bazı hususlar açısından mağduriyetinin önüne geçmektir. Bu bakımdan işveren sözleşmeyi feshedecekse, işçinin söz konusu süre içinde kendisini mesleki ve sosyal yaşamı

58 İhbar tazminatına ilişkin açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 494 vd; Tunçomağ ve Centel (n 4) 221-222; Süzek (n 4) 555 vd; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 957 vd; Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 377 vd; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 192 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 638 vd; Sümer ve Kayırgan (n 10) 502 vd; Senyen Kaplan (n 4) 386 vd; Çil, İlke Kararları (n 10) 414 vd.

59 Ercüment Özkaraca, ‘Aralıklı Çalışmalarda İhbar Tazminatı (Karar İncelemesi)’ (2023) Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası İş Hukuku ile İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Karar İncelemeleri 2022 9, 14.

60 Aralıklı çalışmalarda sürelerin birleştirilmemesi gerektiği belirtilmiştir; bkz Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 962; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 639; Özkaraca, ‘(Karar İncelemesi)’ (n 59) 15. Aralıklı çalışmaların birleştirilmesi gerektiği yönündeki açıklamalar için bkz Süzek (n 4) 556.

bakımından hazırlaması, işçi sözleşmeyi feshedecekse işverenin iş gücü kaybını hazırlıksız biçimde yaşamaması ve bu süreç içinde işçi bulması öncelikli olarak amaç edinilmiştir. Dolayısıyla, süreli fesihle işçinin çalışma süresinin veya verdiği emeğin ödüllendirilmesi gibi bir gaye yoktur. Hükmün amacı, kanun koyucunun İşK m.17'de konuya ilişkin bilinçli olduğunu göstermektedir.

Madde hükmünün amacı dışında, Kanunun genelinde işçinin çalışma süresine bağlanan haklar açısından kanun koyucunun aralıklı geçen çalışmalara ilişkin düzenleme yaptığı dikkate alındığında da İşK m.17 hükmünün bilinçli şekilde düzenlendiği ortaya çıkmaktadır. Gerçekten yukarıda yer verdiğimiz üzere, kanun koyucu İşK m.18/IV ve m.54/I ve 1475 sayılı İş Kanunu m.14/II hükümlerinde aralıklı çalışmaların birleştirilmesi açısından düzenleme yapmıştır. Eğer kanun koyucu aynı ya da benzer anlayışı ihbar tazminatı için de benimsemiş olsaydı, çalışmaların birleştirilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımını m.17 hükmünde de ortaya koyardı⁶¹. İfade edelim ki, söz konusu hükümlerde ihbar tazminatı ile ilgili olmayan kurumlar düzenlendiğinden, ilgili hükümlerdeki esasların ihbar tazminatı için de göz önünde bulundurulması doğru olmayacaktır⁶².

Sonuç olarak gerek İşK m.17'de gerekse Kanunun genelinde benimsenen anlayış doğrultusunda, kanaatimizce İşK m.17 hükmünde konuya ilişkin bir boşluk bulunmadığından işçinin aralıklı çalışması hâlinde ihbar tazminatına esas çalışma süresi birleştirilemez

C. YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA ARALIKLI ÇALIŞMALARIN BİRLEŞTİRİLİP BİRLEŞTİRİLEMeyeceği Sorunu

Kanun koyucunun 1475 sayılı İş Kanunu m.14/II hükmü ile konuyu sadece kıdem tazminatına özgülemesine rağmen, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 15.05.2017 tarihinde verdiği bir kararında “... İhbar tazminatı bakımından da hizmetlerin birleştirilmesi ve tüm süre için 6 haftalık ihbar tazminatı hesabı yapılması, ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olur. Aksi halde aralıklı çalışmalarda her bir fesih tarihinden itibaren ayrı ayrı ihbar tazminatı talebi gündeme gelebilecek olup, bu durum kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören mülga 1475 sayılı Kanun'un 14/2. fıkrasına aykırılık oluşturur...” sonucuna ulaşmıştır⁶³. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 14.09.2020 tarihinde verdiği bir kararında benzer yaklaşımı göstermiştir⁶⁴.

61 Öğretide, işçinin çalışma süresinin hesaplanmasında kural olarak aralıklı çalışmaların birleştirilemeyeceği, birleştirmenin, ancak Kanunda hüküm olması hâlinde mümkün olabileceği açıklanmıştır; bkz Özkaraca, ‘(Karar İncelemesi)’ (n 59) 15.

62 Öğretide aralıklı çalışma hâlinde çalışma sürelerinin birleştirilerek işçinin bulunacak çalışma süresine göre kıdem tazminatının ödenmesinin Kanun gereği sadece kıdem tazminatı ile ilgili bir husus olduğu ve ihbar tazminatı açısından hükmün kıyasen uygulanabilir bulunmadığı ifade edilmiştir; bkz Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 962; Özkaraca, ‘(Karar İncelemesi)’ (n 59) 17.

63 Yargıtay 22 HD, E 2017/7963 K 2017/11040, 15.05.2017 (www.legalbank.net).

64 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında “...Dairemizin kökleşmiş içtihatları uyarınca, fasilalı çalışmalar arasında 10 yıllık sürenin geçmemesi halinde 1475 sayılı Kanun'un 14/2. maddesi uyarınca hizmetler birleştirilmek sureti ile tüm hizmet süresi üzerinden kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanması gerekmektedir...” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/19800 K 2020/7438, 14.09.2020 (www.legalbank.net). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başka bir kararında açıkça 1475 sayılı Kanun m.14/II hükmüne atıf yapmamış, ancak ihbar tazminatı ifadesine de değinmek suretiyle fasilalı çalışmaların birleştirilmesi ve kıdem ile ihbar tazminatlarının belirlenen toplam çalışma süresi için davacının son aldığı ücret üzerinden hesaplanması gerektiği sonucuna varmıştır; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/27098 K 2020/11592, 13.10.2020 (www.legalbank.net).

Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin konuya ilişkin sonradan kararlarında yer verdiği ifadeler ise, isabetli biçimde şu şekilde olmuştur: “...İhbar tazminatı bakımından ise, mülga 1475 sayılı İş Kanunu 14. maddesinde kıdem tazminatı yönünden getirilen bu düzenlemeye paralel bir düzenleme mevzuatta yer almadığından, aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan sürelerin birleştirilmesi suretiyle ihbar tazminatı hesaplaması yapılması mümkün bulunmamaktadır...”⁶⁵. Görüldüğü üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, söz konusu kararlarında – 14.09.2020 tarihli kararında ve 22. Hukuk Dairesinin 15.05.2017 tarihinde verdiği kararında ulaştığı sonucun aksine – genel açıklama ile kıdem ve ihbar tazminatlarına esas çalışma sürelerinin aynı esaslar doğrultusunda belirlenemeyeceği görüşünde olduğunu belirtmiş ve bu bakış açısı ile de karara konu olan olaylarda sonuca varmıştır⁶⁶. Yüksek Mahkeme söz konusu kararlarında ihbar tazminatı bakımından çalışma sürelerinin birleştirilmesine karar vermiştir.

Yargıtay tarafından benimsenen söz konusu yaklaşımın devam ettirilmesi, kısmi ya da tam ödemenin hizmetlerin birleştirilmesine olan etkisini de açıklığa kavuşturur. Zira önceki çalışma dönemlerine ilişkin ihbar tazminatının eksik ödenmesinin (kısmi ödemenin) çalışma sürelerinin birleştirilmesine etkisi Yargıtay daireleri tarafından farklı değerlendirilebilmekteydi. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 03.09.2019 tarihli kararına konu olan olayda ihbar tazminatına ilişkin kısmi ödeme yapılmış ve Daire, çalışma sürelerinin birleştirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶⁷. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 02.06.2020 tarihli kararına konu olan olayda da kısmi ödeme yapılmış ancak 22. Hukuk Dairesi, konuya 9. Hukuk Dairesinden farklı yaklaşmıştır. Karardan anlaşıldığı üzere, eğer ilgili dönem için hiç ödeme yapılmamışsa sürelerin birleştirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Eksik ödeme durumunda 22. Hukuk Dairesi, eksik ödeme ile de olsa ilk dönemin sonlandığına, çalışma sürelerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁸. Belirttiğimiz üzere, Yüksek

65 Yargıtay 9 HD, E 2021/5562 K 2021/9893, 03.06.2021. Ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, E 2022/2888 K 2022/4083, 29.03.2022; Yargıtay 9 HD, E 2021/2563 K 2021/6777, 24.03.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/1401 K 2021/7667, 06.04.2021; Yargıtay 9 HD, E 2016/30941 K 2020/15949, 12.11.2020 (www.legalbank.net). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başka bir kararında yukarıda yer verdiği ifadelerle yine değinmiş, ancak aynı kararda “...İşçinin iş sözleşmesinin feshinde işçilik alacaklarının ödenmediği anlaşıldığında ise, bu defa aralıklı çalışma süreleri birleştirilmeli ve en son tazminata hak kazanacak şekilde gerçekleşen feshine göre son ücret üzerinden hesaplama yapılarak sonuca gidilmelidir...” sonucuna varmıştır; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2021/5594 K 2021/9895, 03.06.2021 (www.legalbank.net). Söz konusu ifadelerle değerlendirmenin ihbar tazminatı için de yapıldığı şeklinde bir sonuç çıkabilecekse de, kararın sonuç kısmında açıkça ihbar tazminatına değinilmediği görülmektedir.

66 Yargıtay 9 HD, E 2020/2695 K 2020/10160, 01.10.2020 (www.legalbank.net).

67 Kararda şu ifadelerle yer vermiştir: “...davacıya ödenen 389,65 TL ihbar tazminatı, çalışılan süre dikkate alındığında 2 haftalık ihbar önelini karşılamaktan uzaktır [...] ödenen ihbar tazminatı eksik olup bu nedenle ilk çalışma döneminin tasfiye edildiğinden söz edilemez. Bu nedenle her iki dönem çalışması birleştirilmek suretiyle toplam çalışma süresi üzerinden kıdem tazminat miktarı hesaplanmalıdır. İhbar tazminatı ise son ücretten tüm süre dikkate alınarak hesaplanmalı ve yapılan ödemeler mahsup edilmelidir..”; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/7225 K 2019/16914, 30.09.2019 (www.legalbank.net).

68 Yargıtay 22 HD, E 2018/10262 K 2020/5463, 02.06.2020. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin açıkladığımız yaklaşımı kararlarında daha açık olmak üzere şu şekilde ifade edilmiştir: “...işçilik haklarının ödendiği belirlendiğinde, önceki çalışmalarının tasfiye edildiği kabul edilmeli ve tazminat hesabı açısından daha sonraki çalışma süresine eklenmemelidir. Ancak yapılan ödemelerin yasal hakların altında kaldığının anlaşılması halinde yine tasfiye esası benimsenmekle birlikte zamanaşımı def’i sebebiyle zamanaşımına uğramamış dönem için belirlenen fark alacaklar, her bir dönem ücretine göre belirlenmeli ve istekler yönünden karar verilmelidir..”; karar için bkz Yargıtay 22 HD, E 2017/43241 K 2017/23879, 02.11.2017 (www.legalbank.net).

Mahkemenin son yaklaşımının devam ettirilmesi durumunda, ödemenin yapılmış olup olmadığı, yapılmışsa kısmi olup olmadığı hizmetlerin birleştirilmesine etki etmeyecek ve her çalışma dönemi bağımsız biçimde değerlendirilecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararlarında dikkat çeken başka bir nokta da davada ileri sürülen talebin çalışma sürelerinin birleştirilmesindeki etkisine ilişkindir. Örneğin bir kararında “... Mahkemece, davacının talebi doğrultusunda davalılar nezdindeki 01/01/2003-30/09/2005 tarihleri ile 10/08/2006-/09/12/2007 tarihleri arasındaki çalışmalarını için ayrı ayrı hak kazandığı kıdem ve ihbar tazminatları belirlenip buna göre hüküm kurulması gerekirken talep dışına çıkılarak her iki dönem çalışması birleştirilmek suretiyle tazminatların belirlenmesi HMK'nın 26.maddesine aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna ulaşılmıştır⁶⁹. Kararda ihbar tazminatı bakımından birleştirme yapılmayacağı sonucuna ulaşılmışsa da, söz konusu sonuç taleple bağıllıkla ilişkilendirilmiştir. Karara konu olan olayda ihbar tazminatının dönem dönem hesaplanmasına ilişkin talep olmasaydı, sürelerin birleştirilmesi gerektiği şeklinde bir sonuç karardan çıkmaktadır. Yargıtay 9. HD başka bir kararında “...davacı vekili davacının iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini kıdem ve ihbar tazminatı ödenmediğini belirterek tüm hizmet süresi yönünden talepte bulunmuştur. Taleple bağıllık ilkesi nedeniyle fasılah tüm hizmet süresi birleştirilerek kıdem ve ihbar tazminatının hesaplanması isabetli...” ifadelerine yer vermiştir⁷⁰. Söz konusu kararda da hizmetlerin birleştirilmesinden bahsedilmişse de, bunun gerekçesi taleple ilişkilendirilmiştir. Buna göre, bahsi geçen kararda ihbar tazminatına esas çalışma süresi belirlenirken talep olduğu için çalışma sürelerinin birleştirildiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Oysa kararın genelinde ihbar tazminatına ilişkin çalışma süresi belirlenirken dönemlerin birleştirilmemesi gerektiği açıklanmıştır.

Ulaştığımız sonuç uyarınca ifade edelim ki, çalışma sürelerinin birleştirilip birleştirilmemesi taleple bağlı bir durum değildir. Zira konu talebi değil, kanuni düzenlemenin somut olaya uygulanma şeklini ilgilendirir. İşçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde çalıştığı bütün süreleri (dönemleri) açıkladıktan sonra, talebinin çalışma sürelerinin birleştirilmesi yönünde olması ihbar tazminatına esas çalışma süresinin belirlenmesinde farklılığa yol açmamalıdır. Bu durumda – talep farklı olsa bile – İşK m.17 uyarınca yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda her çalışma dönemi bağımsız kabul edilerek her dönem için ayrı ayrı ihbar tazminatı alacağı değerlendirilmelidir. Hiç şüphesiz işçinin sadece son dönem çalışmasına ilişkin dava dilekçesinde açıklama yapması ve ihbar tazminatı talep etmesi durumunda taleple bağıllık ilkesi gereği, önceki çalışma dönemleri dikkate alınmamalıdır.

Özetlenen kararlar doğrultusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ihbar tazminatına esas çalışma sürelerinin birleştirilmesi noktasında bugüne kadar temelde iki farklı yaklaşım sergilediğini söylemek yanlış olmaz. Ancak belirleyebildiğimiz kadarı ile özellikle 2021 yılının sonlarında ve 2022 yıllarında verilen kararlarında, Yüksek Mahkemenin her çalışma ilişkisinin bağımsız biçimde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü öne çıkmıştır. Söz konusu yaklaşımın bundan sonra da devam ettirilmesi, konuya ilişkin uygulamada ortaya çıkmış hukuki sorunları ortadan kaldıracaktır.

69 Yargıtay 9 HD, E 2016/12299 K 2020/1308, 04.02.2020 (www.legalbank.net).

70 Yargıtay 9 HD, E 2020/6950 K 2021/4888, 25.02.2021 (www.legalbank.net).

Sürelerin birleştirilmesi çabası kısmi ödeme, tam ödeme, mahsup şekli, faiz, zamanaşımı gibi hususlarda sorunlar ortaya çıkarmaya devam edeceği gibi, genel olarak bildirim süresi ile ilişkilendirilen konular açısından da uygulamayı meşgul edecektir⁷¹. Nitekim tekrar vurgulayalım ki, ihbar tazminatına esas çalışma süresi belirlenirken çalışma sürelerinin birleştirilme çabası, yukarıda izah ettiğimiz gerekçeler nedeniyle Kanuna aykırıdır.

D. ARALIKLI ÇALIŞMALARIN KANUNİ DÜZENLEME VE YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA DEĞERLENDİRİLMESİ NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR

1. Aralıklı Çalışmalar Hâlinde İhbar Tazminatına Hak Kazanma Koşulları Açısından Ortaya Çıkan Sonuç

İşçinin aralıklı çalışması hâlinde ihbar tazminatına esas çalışma süresinin tespitinde farklı dönemlerde geçen çalışma sürelerinin birleştirilemeyeceği sonucuna ulaşıldığından, ihbar tazminatına hak kazanma koşulları her dönem için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla ilgili dönemlerde iş sözleşmesinin nasıl sona erdiği, iş ilişkisi fesihle sona ermişse, sözleşmenin kim tarafından hangi gerekçe ile feshedildiği, ihbar önellerine uyulup uyulmadığı vb. hususlar araştırılmalıdır⁷². İfade edelim ki, bazı dönemler için ihbar tazminatının ödenmemiş olması, eksik ödenmiş olması ya da tamamen ödenmiş olması, diğer dönemlere açısından ihbar tazminatına hak kazanılmasına engel olmaz. Yukarıda özetlediğimiz Yargıtayın bazı kararlarında benimsediği aksi yöndeki yaklaşımın kabul edilmesi halinde de, çalışma sürelerinin birleştirilip birleştirilmemesinin tespiti açısından aynı araştırma yapılmalıdır. Daha net bir söyleyişle belli şartlar altında çalışmaların birleştirilmesi gerektiği görüşü savunulursa, her çalışma döneminin ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erip ermediği belirlenmeli ve hak kazandıracak şekilde sona eren çalışma süreleri dikkate alınmalıdır.

Yargıtay kararına konu olan bir başka olayda işçinin iki dönem halinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Buna göre işçi, 01.01.1995-03.02.2015 tarihleri arasında davalı işyerinde depo sorumlusu olarak çalışmış, önce iş sözleşmesi 06.12.2013 tarihinde emeklilik nedeni ile sona ermiş, ancak işçi çalışmaya devam etmiş ve 03.02.2015 tarihinde sözleşmesi işverence feshedilmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere, işçinin iş sözleşmesi 03.02.2015 tarihinde ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermiştir. Yargıtay "...ihbar tazminatına ilişkin hesaplama; emeklilik öncesi dönemin dikkate alınması yerinde değildir. İş sözleşmesinin işçinin iradesi ile gerçekleşen emeklilik sureti ile sona erdiği hallerde, işçinin ihbar tazminatı talep hakkı olmadığından; bu tazminatın, 07/12/2013-03/02/2015 tarihleri arasındaki

71 Hizmetlerin birleştirilmesinin ortaya çıkaracağı sorunlara ilişkin bkz Özkaraca, '(Karar İncelemesi)' (n 59) 19.

72 Yargıtay'ın kararında "...3 dönem halinde çalıştığı, 1. dönemin kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek, 2. dönemin ise emeklilik nedeniyle kıdem tazminatı ödenerek sona erdiği, bu dönemlerin tasfiye olduğu, dönemler arasında zaman farkı olup buna göre kıdem ve ihbar tazminatı açısından davalının zamanaşımı defii de dikkate alınarak, her bir dönemin ayrı ayrı o dönem içindeki kademisi ve fesih tarihindeki ücreti üzerinden değerlendirilerek ödemelerin faizsiz olarak mahsup edilmesi, varsa dönemsel olarak ayrı ayrı fark kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekirken 3 dönem çalışmanın tasfiye edilmemiş gibi toplanarak karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/13639 K 2020/2238, 13.02.2020 (www.legalbank.net).

emeklilik sonrası çalışılan süre dikkate alınarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca 4 haftalık bildirim süresi karşılığı hesaplanması gerekmektedir..." sonucuna ulaşmıştır⁷³. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, ilk dönem çalışması işçi tarafından emeklilik nedeniyle sona erdirildiğinden işçinin ilk döneme ilişkin ihbar tazminatına hak kazanamadığını, ikinci dönem çalışması nedeniyle ihbar tazminatına hak kazandığını ve buna esas çalışma süresinin tespitinde sadece ilgili dönemin (ikinci dönemin) dikkate alınacağını belirtmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse, her dönem bağımsız şekilde değerlendirilmek suretiyle sonuca varılmıştır.

2. Aralıklı Çalışmalar Hâlinde İhbar Tazminatının Hesaplanmasında Esas Alınacak Son Ücret ile Çalışma Süresi ve Faiz Açısından Ortaya Çıkan Sonuç

İhbar tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı her çalışma dönemi açısından ayrı ayrı değerlendirileceğinden hesaplamada bu durum dikkate alınmalıdır. Yani işçinin çalıştığı dönemlerin bazıları ya da tamamı açısından ihbar tazminatına hak kazandığı sonucuna varılırsa hesaplama, alacağı hak kazanılan her dönem açısından ayrı ayrı yapılmalıdır. Dolayısıyla, her dönem açısından çalışma süresi ve son ücret belirlenmelidir⁷⁴. Eğer işçi değil de işveren ihbar tazminatı talep etmişse şüphesiz aynı sonuç yine geçerli olacaktır.

Yargıtayın özellikle 2020 yılı öncesindeki aksi yöndeki kararlarında benimsediği sonucun kabul edilmesi halinde, çalışma sürelerinin birleştirilip birleştirilmemesinin tespiti açısından her çalışma döneminin ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erip ermediği belirlenmeli, ancak ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren en son dönemdeki ücret esas alınarak hesaplama yapılmalıdır. Dolayısıyla çalışmaların birleştirilmesi gerektiği görüşü savunulursa, en son ücret üzerinden ve ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren çalışma sürelerinin toplamı üzerinden tek bir hesaplama yapılır.

Benimsediğimiz görüş doğrultusunda, misâl olarak işçinin 11.10.2018-11.10.2020 ve 11.10.2022-11.10.2024 tarihleri arasında iki dönem hâlinde çalıştığı ve her iki dönem sonunda da iş sözleşmesinin işverence haksız bir şekilde feshedildiği bir durumda, ilk iş ilişkisi bakımından hak kazandığı ihbar tazminatı 11.10.2020 tarihindeki giydirilmiş brüt ücreti ve iki yıllık çalışma süresi nedeniyle altı haftalık ücreti üzerinden; ikinci dönem nedeniyle hak ettiği ihbar tazminatı 11.10.2024 tarihindeki giydirilmiş brüt ücreti ve yine iki yıllık çalışma süresi sebebiyle altı haftalık ücreti üzerinden hesaplanacaktır⁷⁵. İşçinin son dönem çalışmasından önceki çalışması/çalışmaları nedeniyle ihbar

73 Yargıtay 9 HD, E 2020/1580 K 2021/5099, 25.02.2021. Başka bir kararına konu olan olayda işçi iki dönem davalıya ait işyerinde çalışmış ve ikinci çalışması ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermemiş, ilk çalışma dönemi ise ihbar tazminatına hak kazandıracak biçimde feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme iki dönemi ayrı ayrı değerlendirmiş ve ilk dönem için ihbar tazminatına hükmetmiştir, karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2021/1662 K 2021/5861, 09.03.2021. Ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/30941 K 2020/15949, 12.11.2020 (www.legalbank.net).

74 İhbar tazminatına esas ücretin belirlenmesi için yapılan genel açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 496-497; Tunçoğlu ve Centel (n 4) 222; Süzek (n 4) 557 vd; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 962 vd; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 384; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 193; Sümer ve Kayırgan (n 10) 511 vd; Senyen Kaplan (n 4) 387.

75 Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 9 HD, E 2022/2888 K 2022/4083, 29.03.2022; Yargıtay 9 HD, E 2016/30941 K 2020/15949, 12.11.2020 (www.legalbank.net).

tazminatına hak kazanması, ancak son dönem çalışması için ihbar tazminatı alacağıın doğmamış olması da mümkündür. Bu durumda da yine ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki ücret ve çalışma süresi belirlenerek hesaplama yapılmalıdır⁷⁶.

İhbar tazminatına hak kazanılan bazı dönemler açısından hak edilen ihbar tazminatının ödendiği tespit edilirse, ödemenin yapıldığı ilgili iş ilişkileri bakımından ihbar tazminatına hükmedilemeyecekken; ihbar tazminatının eksik ödendiği belirlenirse, ilgili dönemlere yönelik bakiye ihbar tazminatı alacağına hükmedilecektir⁷⁷. Bu noktada kabul ettiğimiz görüş uyarınca, ilgili dönemdeki çalışma süresinin uzunluğu ve dönemin sonundaki ücret miktarı belirlenerek hak edilen toplam ihbar tazminatı dönem açısından tespit edilmeli ve önceden ödenen ihbar tazminatı mahsup edilmelidir. Bakiye ihbar tazminatı alacağı belirlenirken, farklı bir deyişle mahsup işlemi yapılırken önceden ödenen ihbar tazminatına faiz işletilmemelidir.

İhbar tazminatının hesaplanması bakımından talep edilmiş olması şartı ile faiz hususu da önem arz eder⁷⁸. Aralıklı çalışma halinde son ücretin ve çalışma süresinin belirlenmesi kadar, faize ilişkin ilkelerin tespiti de önemlidir. Eğer işçi, önceki dönem çalışması/çalışmaları sonrasında (yeni iş ilişkisinden önce ya da yeni iş ilişkisi başladıktan sonra) işvereni temerrüde düşürmüştü, temerrüt tarihi itibari ile ilgili dönem ya da dönemler sonunda hak edilen ihbar tazminatı için faiz işlemeye başlamalıdır. Son dönem çalışması nedeniyle hak kazandığı ihbar tazminatı için de yine temerrüt tarihi itibariyle faiz işlemelidir. Ancak işçi önceki dönem/dönemler sonucunda hak kazandığı ihbar tazminatına yönelik işvereni temerrüde düşürmemişse ve son dönem çalışmasından sonra ancak dava açmadan önce işverene ihtarname göndermişse, ihtarnamenin içeriği doğrultusunda sonuca ulaşılmalıdır. Buna göre, ihtarname ile sadece son çalışma dönemindeki çalışma süreleri esas alınarak bir talepte bulunulmuşsa, talep edilen döneme ilişkin hak kazanılan ihbar tazminatı için ihtarname tarihi itibariyle faiz işlemeye başlayacaktır. Ancak ihtarnamede çalışma sürelerine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmaksızın ihbar tazminatı talep edilmişse, ilgili bütün dönemler nedeniyle hak kazanılan ihbar tazminatları için ihtarname tarihinden itibaren faiz işleyecektir. Buna mukabil, arabuluculuk sürecinden önce işveren müttemerrit kılınmamışsa arabuluculuk anlaşamama tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren faiz işletilecektir⁷⁹.

76 Yargıtayın kararına konu olan olayda işçi üç dönem çalışmış ve son iki dönem ihbar tazminatına hak kazandırmayacak şekilde, ilk dönem çalışması ise hak kazandıracak biçimde sonlanmıştır. Karardaki ifadeler şu şekildedir: "...Bu nedenle davacının ilk dönem çalışmasında iş sözleşmesinin davalı tarafından haksız olarak feshedildiği dikkate alınarak anılan dönem yönünden dava konusu kıdem ve ihbar tazminatlarının 30/05/2000 fesh tarihindeki ücret üzerinden hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken..."; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/32882 K 2020/17080, 26.11.2020 (www.legalbank.net).

77 Yargıtay bir kararında "...tüm hizmet süresi birleştirilerek kıdem ve ihbar tazminatının hesaplanması isabetli ise de davacıya 2011/10. Ay bordrosunda 3.733.43 Euro ihbar tazminatı olarak yapılan tahakkukun banka kaydıyla ödendiği anlaşıldığından yapılan ödemenin mahsubu gerekirken mahsup yapılmaması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2020/6950 K 2021/4888, 25.02.2021. Her ne kadar söz konusu bu kararda ulaştığımız sonucun aksine çalışmaların birleştirilmesi gerektiğinden bahsedilmişse de, karar mahsup işlemi açısından önemlidir. Ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/7225 K 2019/16914, 30.09.2019 (www.legalbank.net).

78 İhbar tazminatında faize ilişkin yapılan genel açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 705 vd; Süzek (n 4) 558; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 965; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I (n 4) 386-387; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 193; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 602; Sümer ve Kayırgan (n 10) 456.

79 Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 9 HD, E 2022/3222 K 2022/3813, 21.03.2022; Yargıtay 9 HD, E 2022/714 K 2022/2010, 17.02.2022.

3. Aralıklı Çalışmalar Hâlinde İhbar Tazminatına İlişkin Zamanaşımı Süresi Açısından Ortaya Çıkan Sonuç

Aralıklı çalışmalarda ihbar tazminatı alacağına ilişkin ulaştığımız sonuç çerçevesinde zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı ve kıdem tazminatında olduğu gibi çalışma dönemleri arasında geçen sürenin önemli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Açıkladığımız üzere, aralıklı çalışmada ihbar tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı her iş ilişkisinin sona eriş şekline göre ayrı ayrı bağımsız biçimde incelenmelidir. Bu nedenle zamanaşımı süresi de her dönem sonunda hak kazanılan ihbar tazminatları için göz önünde bulundurularak hesaplanmalıdır⁸⁰.

İhbar tazminatı iş ilişkisinin sona ermesiyle talep edilen bir alacak olduğundan, İşK ek madde 3 uyarınca kabul edilen beş yıllık zamanaşımı süresi her iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte işlemeye başlamalıdır. Çalışma dönemlerinden sonra yeni iş ilişkisinin kurulması zamanaşımını kesen ya da durduran bir neden değildir. Daha net bir deyişle, aynı işveren nezdinden yeniden çalışılmaya başlanmış olması önceki çalışmalar nedeniyle hak kazanılan ihbar tazminatına ilişkin işlemeye başlamış olan zamanaşımı süresini kesmeyecek ya da durdurmayacaktır. Bu bakımdan çalışmalar arasında geçen süre değil, davanın ne zaman açıldığı önemlidir.

Örneğin 11.10.2020'de iş ilişkisinin sona erdiği ve bir yıl sonra 11.10.2021'de işçinin aynı işveren nezdinde yeniden çalışmaya başladığı, bu çalışmasının da 11.10.2023'te sona erdiği bir olasılığa; ilk dönem çalışması için hak kazanılan ihbar tazminatı 11.10.2025 tarihinden sonra ve ikinci dönem çalışması nedeniyle hak edilen ihbar tazminatı ise 11.10.2028 tarihinden sonra zamanaşımına uğramış olur. Yargıtay bir kararında “...Somut olayda; davacının davalı işveren nezdinde, 01.10.1985–15.04.1987, 05.08.1993–27.10.1993, 20.03.1996–09.06.1997 ve 19.06.2008–05.04.2010 tarihleri arasında olmak üzere dört dönem çalışması olduğu görülmektedir. 19.06.2008 tarihinde başlayan 4. Dönem çalışmaya kadar verilen aranın on yılı aşması ve davalı tarafından zamanaşımı definin ileri sürülmesi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının 19.06.2008–05.04.2010 tarihleri arasındaki 4. Dönem için hesaplanması gerekirken, 4. Dönem öncesi çalışmaların da dikkate alınarak 3 yıl 6 ay 23 gün üzerinden kıdem tazminatı ve 56 gün üzerinden ihbar tazminatı hesaplanması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” ifadelerine yer vermiştir⁸¹. Karardan anlaşıldığı üzere, çalışmalar arasında geçen süre esas alınarak zamanaşımı süresi değerlendirilmiştir. Oysa kararda ihbar tazminatı yönünden aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan sürelerin birleştirilmesi suretiyle hesaplama yapılamayacağı açıklanmıştır. Farklı bir deyişle, kararda her çalışma dönemi için ihbar tazminatı alacağının değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varıldığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen, zamanaşımı süresinin çalışmalar arasında geçen süre esas alınarak değerlendirilmesi isabetli olmamıştır. Ancak karara konu olan somut olay nezdinde ifade edelim ki, söz konusu kararda her dönemin sona erdiği tarihte dava açılan tarih arasında geçen süre de esas alınsaydı da zamanaşımı süresi açısından ulaşılan sonuç farklı olmazdı.

80 İhbar tazminatında zamanaşımı süresine ilişkin genel açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 497; Süzek (n 4) 558; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 965; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 13) 194; Ekmekçi ve Yiğit (n 4) 583 vd; Sümer ve Kayırgan (n 10) 515 vd; Senyen Kaplan (n 4) 387.

81 Yargıtay 9 HD, E 2021/2563 K 2021/6777, 24.03.2021. Konuya ilişkin başka bir kararında da çalışmalar arasında geçen süre esas alınmıştır. Ancak ulaşılan bu sonuç, kararda benimsenen anlayışla ve Yargıtay'ın genel yaklaşımı ile uyumludur. Zira bahsi geçen kararda aralıklı çalışma hâlinde hizmetlerin birleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karar için bkz Yargıtay 9 HD, E 2016/19800 K 2020/7438, 14.09.2020 (www.legalbank.net)

SONUÇ

İşçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması durumunda, kıdem ve ihbar tazminatlarına esas çalışma süresi belirlenirken söz konusu çalışmaların tamamının dikkate alınıp alınmayacağı önemli bir hukuki sorundur. Hukuki sorunun kıdem tazminatı bakımından açıklığa kavuşturulmasında 1475 sayılı Kanunun hâlen yürürlükte olan 14. maddesi dikkate alınmalıdır. Bu noktada hükmün ikinci, beşinci ve sekizinci fıkraları konunun değerlendirilmesinde özellikle göz önünde bulundurulmalıdır.

Anılan düzenlemeler doğrultusunda kıdem tazminatına esas çalışma süresi belirlenirken kural olarak çalışmaların birleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Yargıtay ise, “iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi”, “kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona eren iş sözleşmelerine ilişkin çalışma dönemleri açısından tasfiyenin gerçekleşmemiş olması” ve “çalışmalar arasında zamanaşımı süresinin geçmemiş olması” hâlinde, aralıklı çalışmaları kıdem tazminatına esas çalışma süresine eklemektedir.

Hukuki sorunun ihbar tazminatı açısından değerlendirilmesinde Kanunun geneli ve özellikle İŞK m.17 hükmü esas alınmalıdır. Kıdem tazminatından farklı biçimde, ihbar tazminatına esas çalışma sürelerinin birleştirilmesi gerektiğine ilişkin Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmamızda yer verilen kararlar doğrultusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ihbar tazminatına esas çalışma sürelerinin birleştirilmesi noktasında bugüne kadar temelde iki farklı yaklaşım sergilediği görülmüştür. Ancak tespit edebildiğimiz kadarı ile özellikle son kararlarında (2021 yılının sonlarında ve 2022 yıllarında verilen kararlarında), her çalışma ilişkisinin bağımsız biçimde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü öne çıkmıştır. Söz konusu yaklaşımın bundan sonra da devam ettirilmesi, konuya ilişkin uygulamada ortaya çıkmış hukuki sorunları sonlandıracaktır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E, *Kıdem Tazminatı* (2. Baskı, Seçkin 2010).
- Alpagut G, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı* (Beta 2010).
- Arslan Durmuş S, *İş Hukukunda Kıdem Kavramı* (On İki Levha 2021).
- Baycık G, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2011).
- Canıklıoğlu N, ‘İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ (2019) Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017 23-24 Kasım 2018 185-369.
- Çelik N, Canıklıoğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta 2023).
- Çil Ş, *Açıklamalı-İçtihatlı Kıdem Tazminatı* (Turhan Kitabevi 2009).
- Çil Ş, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2019-2021 Yılları* (9. Baskı, Yetkin 2022).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha 2023).
- Eyrenci Ö, Taşkent S ve Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku* (9. Baskı, Beta 2019).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion 2022).
- Narmanlıoğlu Ü, *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı* (1973).
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Baskı, Beta 2014).

- Özkaraca E, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2008).
- Özkaraca E, 'Aralıklı Çalışmalarda İhbar Tazminatı (Karar İncelemesi)' (2023) Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası İş Hukuku ile İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Karar İncelemeleri 2022, 9-19.
- Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2022).
- Sevimli KA, *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (Beta 2019).
- Sümer HH, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Baskı, Seçkin 2019).
- Sümer HH ve Kayırgan H, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (3. Baskı, Seçkin 2022).
- Süzek S, *İş Hukuku* (22. Baskı, Beta 2023).
- Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (10. Baskı, Beta 2022).
- Yamakoğlu E, 'Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişisine Etkisi' (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi, 145-165.

Ücret Zammının Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Bakımından Değerlendirilmesi

The Evaluation of Wage Increase in terms of Fundamental Change in Working Conditions

Ayşe KÖME AKPULAT* , Ayşe Ledün AKDENİZ** 

ÖZ

İş hukuku mevzuatında ücret konusunda ayrıntılı düzenlemeler bulunmakla birlikte, işçinin ücretinde bir zam yapılması, bu zammın oranı ya da zam dönemi bakımından açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Özellikle ekonomik açıdan zorlu zamanlardan geçildiğinde, ücretlerde zam yapılmasına duyulan ihtiyaç daha da belirginleşmektedir. İş ilişkilerinde sıklıkla karşılaşılan bir durum da, yazılı bir kaynakta yer almamakla birlikte düzenli olarak işçi ücretlerine zam yapılması durumudur. Bu şekilde işyerinde devam eden ücret zammına ilişkin uygulamaların işyeri uygulaması haline gelip gelmediği değerlendirilmelidir. Öte yandan, işverenlerin iş sözleşmesiyle, işyeri yönetmeliğiyle ya da işyeri uygulamasıyla bir çalışma koşulu haline gelmiş ücret zammı konusunda tek taraflı olarak değişiklik yapabilmesi konusunun da dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Bu konuda gerek Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesi gerekse de İş Kanunu'nun 22. maddesinin, değişiklik hakkının saklı tutulmasına ilişkin tartışmaları sona erdirmekten ziyade, bu konuyu daha da tartışmalı hale getirdiği ifade edilebilir. Nitekim zam konusuna ilişkin işyeri uygulamaları ve değişiklik hakkının saklı tutulmasına ilişkin yargı kararları incelendiğinde bu konuda istikrarlı bir içtihadın oluştuğundan söz etmek güç gözükmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Ücret Zammı, Çalışma Koşulları, İşyeri Uygulaması, Genel İşlem Koşulları, Değişiklik Hakkının Saklı Tutulması, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik.

ABSTRACT

Although there are detailed regulations on wages in the labour law legislation, there is not any specific regulation in terms of wage increase of employees, the rate of the increase, or the period of the increase. Especially in difficult economic periods, the need for wage increases becomes even more apparent. Another situation that is frequently encountered in labour relations is regular increases in wages of employees, which is not stated in a written document. Considering the continuing practices, it is necessary to examine whether the wage increase has become a workplace practice or not. Besides, provisions which allow employers to make unilateral changes regarding wage increases that have become a condition of employment through an employment contract, workplace regulation, or workplace practice should also be carefully examined. Both Article 24 of the Turkish Code of Obligations and Article 22 of Turkish Labour Law, rather than ending the debates in terms of reservation of the right to change, have caused further debates. As a matter of fact, analysing the workplace practices regarding the increase and the judicial decisions regarding the reservation of right to change, it is difficult to conclude that there is a consistency of jurisprudence on the subject

Keywords: Wage Increase, Working Conditions, Workplace Practice, General Terms and Conditions, Reservation of Modification, Fundamental Changes in Working Conditions

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, aysekome@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5271-2961

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, alakdeniz@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1312-3726

GİRİŞ

Ücret, iş sözleşmesinde işverenin asli borcu ve işçinin iş görmesinin karşılığıdır. Bu yönüyle ücret çalışma koşulları arasında en önemlilerindendir. Kuşkusuz, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapabilmesi, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği ve işverenin yönetim hakkı karşısında mümkün ve gereklidir. Bu nedenle işveren, işyerinde kârlılığı ve verimliliği arttırmak amacıyla ya da işin görülme yeri, zamanı ve şeklini tayin etmek amacıyla çeşitli tedbirler alabilir. Bu tedbirler ve kararlardan işverenin yönetim hakkı kapsamında olanlar, işçinin durumunu olumsuz yönde etkilemeyenler çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Buna karşılık, İş Kanunu'nda¹ her ne kadar çalışma koşullarında hangi değişikliğin esaslı olduğu yönünde bir hüküm olmasa da, ücreti olumsuz yönde etkileyen her değişikliğin bir esaslı değişiklik olduğu öğreti görüşlerinde ve içtihatla kabul edilmiştir.

Enflasyon baskısının hissedildiği zamanlarda işçi ücretlerine zam yapılması önemli bir gereklilik olduğu gibi ücrete yapılan zam işçinin daha iyi ücretle başka bir iş arayışına girmesini engeller, işçinin çalışma motivasyonunu artırır ve işyerinde çalışma barışının sağlanmasına hizmet eder. Hatta İş Kanunu'na göre en geç iki yılda bir açıklanması gereken ancak artan enflasyon karşısında çoğunlukla yılda bir ve son zamanlarda altı ayda bir açıklanan asgarî ücret karşısında, işverenler tarafından asgarî ücretin altında bir ücretle işçi çalıştırılmayacağından, bu zammın yapılması kanunî bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Ancak asgarî ücretin belirlenmesine ilişkin düzenleme (İş Kanunu m.39 ve Asgari Ücret Yönetmeliği²) dışında, işçinin ücretine zam yapılması, bu zammın oranı ya da zam dönemi bakımından açık bir düzenleme yoktur. İşte bu yönüyle çalışmamız bakımından önem taşıyan ilk husus, ücret zammının bir çalışma koşulu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. İkinci olarak işverenin iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliği gibi bir kaynakta bu yönde bir hüküm yer almamakla birlikte düzenli olarak işçi ücretlerine zam yapması durumunda bunun bir işyeri uygulaması haline gelip gelmediği de değerlendirilmelidir. Kuşkusuz burada ücrete zam yapılması kadar zam döneminin ve yapılacak zam oranının bir asgarî miktarı olup olmadığı da bu sayılanların bir çalışma koşulu haline gelip gelmediği sorunu ile ilgilidir. Nihayet, işverenlerin iş sözleşmesiyle, işyeri yönetmeliğiyle ya da işyeri uygulamasıyla bir çalışma koşulu haline gelmiş ücret zammı (zam yapılması, zam oranı ya da zam dönemi) konusunda tek taraflı olarak değişiklik yapabileceğine ilişkin hükümlerin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği de çalışmamızda ele alınmıştır. Önemle belirtelim ki, toplu iş sözleşmesiyle ortaya çıkan çalışma koşullarının, İş Kanunu m.22 hükmü çerçevesinde değiştirilebilmesi mümkün olmadığından, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret zammı konusuna çalışmamızda yer verilmemiştir.

1 İş Kanunu, Kanun Numarası:4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

2 Asgari Ücret Yönetmeliği, RG 01.08.2004/25540.

I. ÇALIŞMA KOŞULLARI VE ÇALIŞMA KOŞULLARININ DÜZENLENMESİ

A. GENEL OLARAK

İş ilişkisinde işin görülme yeri ve zamanını, işçinin çalışma, dinlenme ve izin sürelerini, ücret ve sosyal yardımları, fazla çalışmaya ilişkin hususları, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı tazminatları, işverenin yönetim hakkına ilişkin detayları, sağlık ve güvenlik tedbirlerini; kısaca iş ilişkisinden doğan hak ve borçları ifade etmek üzere “çalışma koşulları” kavramı kullanılmaktadır³. Nitekim Yargıtay’ın konu hakkındaki ilke kararında çalışma koşullarından ne anlaşılması gerektiği şöyle ifade edilmiştir: “İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir.”⁴.

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisine uygulanacak kurallar, bir başka ifadeyle iş ilişkisini düzenleyen hukuk kaynakları; yasama, yürütme ve yargı tarafından belirlenen kurallar yanında, toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesinin taraflarınca oluşturulan özel kurallara da dayanmaktadır. Bu özel kaynaklar ise başta iş sözleşmesi olmak üzere, işyeri yönetmeliği, işyeri uygulaması veya işverenin talimatları şeklinde karşımıza çıkabilir⁵. Nitekim İş Kanunu’nun “Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” kenar başlıklı 22. maddesinde, “iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla” oluşan çalışma koşullarına yer verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmesiyle ortaya çıkan çalışma koşullarının 22. maddede sayılmamasının sebebi, toplu iş sözleşmesinin ancak toplu iş sözleşmesinin taraflarınca değiştirilebilmesi ve toplu iş sözleşmesinin emredici niteliği karşısında, toplu iş sözleşmesiyle oluşmuş çalışma koşullarında işçi ve işverenlerin değişiklik yapamaması nedenine dayanır⁶.

3 Murat Şen, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik* (Seçkin 2005) 24; Ufuk Aydın, ‘Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi’ (2011) (23) Sicil İş Hukuku Dergisi 22, 23; Emine Tuncay Senyen Kaplan, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik’ (2022) (158) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 341, 347; Hakan Keser, ‘İkramiye, Yemek ve Servis Gibi İşyeri Uygulamalarının Kaldırılıp, Bunlara İlişkin Tutarların İşçinin Ücretine Eklenmesinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceğine İlişkin Bir Değerlendirme’ (2023) (49) Sicil İş Hukuku Dergisi, 78, 80; Levent Akın, ‘İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı’ (2013) 27(2) Çimento İşveren Dergisi 38, 45; Gülsevil Alpagut, ‘Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik’ (2008) (65) Bankacılar Dergisi 89, 105; Murat Engin, ‘Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı’ (2003) LXI (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 313, 314; Binnur Tulukçu, ‘Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik’ Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan (Beta 2011) 1 1099, 1101.

4 Yargıtay 9 HD, E 2008/29715 K 2008/28944, 27.10.2008, Kazancı İçtihat Bankası; Aynı yönde, Yargıtay 9 HD, E 2017/6518 K 2017/17134, 01.11.2017, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2016/35114 K 2020/18056, 10.12.2020, Kazancı İçtihat Bankası.

5 “Anayasa, kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma şartları olarak değerlendirilmelidir.”. Yargıtay HGK, E 2015/9-3417 K 2019/525, 07.05.2019, Kazancı İçtihat Bankası.

6 Tankut Centel, *İş Güvencesi* (2. Bası, Legal 2020) 247; Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 23; Senyen Kaplan (n 3) 345. Kanun ve toplu iş sözleşmesiyle getirilen konularda işverenin işçi aleyhine esaslı değişiklik yapması mümkün olmadığından, burada esasen çalışma koşullarının değiştirilmesi değil uygulanmaması söz konusudur. Engin (n 3) 314.

B. İŞ SÖZLEŞMELERİ

İş ilişkisinin özel nitelikli kaynaklarının ilki, hiç kuşkusuz iş sözleşmeleridir. İş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşme” olarak tanımlanmıştır (m.8/1). Türk Borçlar Kanunu'nda⁷ da hizmet sözleşmesi “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” biçiminde tanımlanmıştır (m.393/1)⁸. İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasındaki bireysel iş ilişkisinin temel kaynağı niteliğindedir.

Borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi, esasen iş hukuku ve iş sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Ancak iş hukukundaki sözleşme serbestisi, mevzuatın emredici nitelikteki kurallarıyla sınırlandırılmıştır. Öte yandan bir tarafın bağımlı olarak iş gördüğü, ekonomik olarak daha güçlü olan ve üretim araçlarını elinde bulunduran diğer tarafın da bu iş görme karşılığında ücret ödediği iş ilişkisinde, işçinin korunması ihtiyacı iş hukukuna yön veren temel ilkelerden olmuştur. İşte bu yönüyle tarafların iş sözleşmesi hükümlerini belirlerken tam bir eşitlik ve serbesti içinde olduklarından söz edilemez ve bu durum tarafların eşit olduklarının kabul edildiği özel hukuk sözleşmeleri ile bağdaşmayan bir özellik arz etmektedir⁹. Diğer bir ifadeyle, iş ilişkilerine ilişkin mevzuatın emredici hükümlerle donatılmasının sebebi de taraflarının eşit olmadıklarının varsayılmasıdır¹⁰. Bu ilişkide işverene kişisel, hukuki ve ekonomik yönden bağımlı olan ve emeğini sunan işçinin, iş sözleşmesinin zayıf süjesi olduğu kabul edilir. Bu nedenle taraflar arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla mevzuatta emredici kurallar kabul edilmiştir.

Eşit olmayan bu tarafların sözleşme serbestisini sınırlandıran emredici kurallar; mutlak emredici ve nisbî emredici kurallar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kurallardan nisbî emredici kurallar, işçi yararına değiştirilebilen ve bu yönüyle daha çok işverenin sözleşme serbestisini kısıtlayan kurallardır¹¹. Şu halde iş sözleşmesi, iş hukukunun en temel özel kaynağı niteliğinde olmakla birlikte, tarafların tam bir serbesti içinde belirledikleri kurallar bütünü niteliğinde değildir. Tarafların gerek bu sözleşmeyi yaparken gerekse sözleşmede sonradan bir değişiklik yaparken, mevzuatın emredici kurallarına uyması gerekir.

7 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

8 Türk Borçlar Kanunu'nda geçen hizmet sözleşmesi ile İş Kanunu'nda yer verilen iş sözleşmesi kavramları esasen aynı sözleşmeyi ifade etmektedir. Oğuzman tarafından bu konuda, “İş akdi ve hizmet akdi tabirleri, aynı akdin ayrı iki tabirle ifadesinden başka bir şey değildir. Filhakika iş ve hizmet akdinin tefriki hususunda ... Türk kanun vazı böyle bir fark nazara almayı düşünmüş değildir.” açıklamasıyla aynı hususa işaret edilmiştir. M. Kemal Oğuzman, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1955) 3.

9 Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21. Bası, Beta 2021) 41; Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi* (Seçkin 2022) 75.

10 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 2; Ayşe Ledün Akdeniz, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık* (On İki Levha 2018) 34.

11 İş hukukundaki hukuk kurallarının niteliği konusunda bakınız Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta 2023) 22; Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 38; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Bası, Lykeion 2022) 14; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (5. Bası, Oniki Levha 2023) 1; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (Beta 2014) 75 vd.

C. İŞYERİ YÖNETMELİKLERİ

Çalışma koşullarını oluşturan bir diğer kaynak ise işyeri yönetmelikleridir. İşyeri yönetmelikleri (iç yönetmelik, dâhili yönetmelik, personel yönetmeliği, insan kaynakları yönetmeliği vb.), işverenin, işçilerin tamamı ya da bir bölümü için çalışma koşullarını, işyerindeki düzeni, işverenin yönetim hakkına ilişkin kimi esasları tek taraflı ve genel olarak önceden belirlediği özel bir kaynak olarak tanımlanabilir. Gerçekten, bireysel iş hukukunda çalışma ilişkisi bakımından tüm kurallara iş sözleşmesinde yer vermenin pratik olmaması, toplu iş sözleşmeleriyle de her konunun düzenlenmemesi ve işyeri yönetmeliklerinin yeknesak bir düzen getirmesi karşısında pek çok işveren işyeri yönetmelikleri hazırlamaktadır¹². Hemen belirtmek gerekir ki, işyeri yönetmeliklerinin hazırlanması işveren bakımından bir zorunluluk değildir. İşyeri yönetmeliği konusunda İş Kanunu'nda ya da Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir tanım bulunmamakla birlikte, İş Kanunu'nun 22. maddesinde "iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği" kavramına yer verilmiştir. Bu yönüyle, işyeri yönetmeliğinin iş sözleşmesinin bir eki niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Hukukumuzda işyeri yönetmeliklerinin işverence hazırlandıktan sonra yetkili bir makam tarafından onaylanması (kurumsal sistem) ya da işyeri kurulu, işçi temsilcileri gibi bir oluşumun katılımının sağlanması veya görüşünün alınması (katılımcı sistem) gibi bir model benimsenmemiştir¹³. Sözleşmesel sistem olarak isimlendirilen ve hukukumuzda da geçerli olan sistemde, işverence tek taraflı olarak hazırlanan ve işçiye sunulan bu yönetmeliklerin işçinin de kabulüyle iş sözleşmesinin eki ve giderek çalışma koşulunu oluşturan bir kaynak olduğu kabul edilmektedir¹⁴. İşyeri yönetmeliklerinin iş sözleşmesinin bir eki niteliği haline gelmesi işçinin kabulüne bağlı olmakla birlikte, önceden pek çok iş ilişkisinde kullanılmak üzere tek taraflı hazırlanan bu yönetmelikler üzerinde işçinin işverence pazarlık etme imkânı bulunmamaktadır. Bu yönüyle işyeri yönetmelikleri, bir genel işlem koşulu niteliğindedir¹⁵.

D. İŞYERİ UYGULAMALARI

Çalışma koşulları işyeri uygulamasıyla da oluşabilir. İşyeri uygulaması, kanunî ya da akdî bir zorunluluk bulunmadığı halde işverenin işyerindeki bazı fiili davranışlarının tekrarlanması ile ortaya

12 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 266; Centel (n 6) 246; Sarper Süzek, 'Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi' *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan* (Seçkin 2016) 1 459, 461; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, 'İş Sözleşmesinin Uygulanması ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılmasında Dürüstlük Kuralının İşlevi Üzerine' (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 17, 47; Tulukçu (n 3) 1104; Nazlı Elbir, 'İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı' *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan* (Beta 2011) 1 265, 265.

13 Anılan sistemlere ilişkin genel bilgi hakkında bakınız Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015) 149 vd.; Merve Kutlu Mutluer, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri' (Yetkin 2022) 32 vd.; Elbir (n 12) 266 vd.; Süzek, 'Tip İş Akitleri' (n 12) 462.

14 Süzek, 'Tip İş Akitleri' (n 12) 463; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 266; Kutlu Mutluer (n 13) 16. Ayrıca bakınız Elbir (n 12) 269.

15 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 268; Süzek, İş Hukuku (n 9) 69; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020) 20; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 73; Keser (n 3) 81; Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 65; Güzel ve Ugan Çatalkaya (n 12) 48.

çıkan, bir menfaatin işverence tek taraflı ve devamlı şekilde sağlanması ile iş sözleşmesi hükmü haline gelen bir çalışma koşulu kaynağıdır¹⁶. Gerçekten, işverenler zaman zaman yasal bir zorunluluk bulunmamasına ve toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliğinde de bir hüküm olmamasına rağmen, tek taraflı bazı fiili davranışlarla işçi lehine bir yarar sağlayabilmektedir. Örneğin, işverenlerin yılbaşlarında gıda yardımında bulunması, düzenli aralıklarla ikramiye ödemesi¹⁷, düzenli şekilde prim vermesi¹⁸, işçilere yol parası vermesi gibi uygulamalar işyeri uygulaması olarak kabul edilebilir.

Bu noktada işyerindeki işverence gerçekleştirilen tüm fiili davranışların ve işçi lehine uygulamaların kendiliğinden bağlayıcılık kazanmayacağı ve bir çalışma koşulu haline gelmeyeceği de ifade edilmelidir. Bir davranış, ancak bazı koşulların bir araya gelmesiyle işyeri uygulaması olarak kabul edilir ve böylelikle iş sözleşmesinin içeriği haline gelerek bağlayıcılık kazanır. Bu durumda işyeri uygulaması haline gelen bir çalışma koşulunun işverence tek taraflı olarak – İş Kanunu m.22 hükmü uygulanmadan – değiştirilmesi de mümkün olmaz. İşyeri uygulamasının kaynaklık ettiği çalışma koşullarına uygulamada sıkça rastlanmakta ise de, niteliği gereği yazılı olmaması nedeniyle, bir davranışın işyeri uygulaması haline gelip gelmediği konusunda tereddütler doğabilmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, işverenin bu uygulamayı yaparken bu davranışı ile gelecekte bağlı olmayı gerçekten istemiş ve düşünmüş olması, işyeri uygulamasının bağlayıcılık kazanması için aranan bir unsur değildir¹⁹. Burada önemli olan işverenin bu konudaki istek ve düşüncesinden ziyade, işçilerde dürüstlük kuralı gereğince bu davranışla sağlanan hakkın bundan sonra da devam edeceği konusunda yaratılan güvendir²⁰. Şu halde işyeri uygulaması bakımından belirleyici olan, işverenin davranışlarının dış dünyada işçiler tarafından objektif olarak nasıl değerlendirildiğidir²¹. Hiç şüphesiz, burada işverenin bir menfaati sağlarken bundan vazgeçme hakkını saklı tutarak, gelecek dönemde bu hakkı sağlamayacağını açıkça belirtmesi ihtimali üzerinde de durulması gerekir. Değişiklik hakkının saklı tutulması konusu çalışmamızda ayrı bir başlık altında ayrıca ele alınmıştır.

16 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 80; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 271; Polat Soyer, *Genel İş Koşulları*, (Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası Yayınları 1987) 41; Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 103; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 78; Şen (n 3) 44; Tulukçu (n 3) 1104; Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 71; Alpagut, 'Esaslı Değişiklik' (n 3) 105; Mahmut Kabakçı, 'Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği' (2012) (27) Sicil İş Hukuku Dergisi 106, 111.

17 "İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa da, işverence tek taraflı düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesi, işyeri uygulamasına dayanan bir iş şartı oluşturur. Bu durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün değildir." Yargıtay 9 HD, E 2008/38755 K 2010/39429, 23.12.2010, Kararı inceleyen Kabakçı (n 16) 107 vd.

18 "Prim uygulaması bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan prim ödemesi "işyeri şartı" niteliğindedir." Yargıtay 9 HD, E 2014/21153 K 2015/32270, 16.11.2015, Kazancı İçtihat Bankası.

19 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 80; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 271; Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 103; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 80.

20 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 271; Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 80; Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 103; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 80.

21 Kabakçı (n 16) 112.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması haline gelmesi için, öncelikle uygulamanın genel yani tüm işçilere ya da işçilerin bir bölümüne uygulanması gerektiği öğretide ifade edilmiştir²². İşyeri uygulamasıyla, bir veya birden fazla konudaki çalışma koşulu genel ve yeknesak olarak belirlenmekte ve işyerine sonradan alınan işçiler de bu çalışma koşuluyla sağlanan hakkı talep etme imkânına kavuşmaktadır. Böyle bir durumda işe yeni başlayan bir işçinin de, işverenin eşit davranma borcu gereği, işyerinde düzenli olarak devam eden bu mevcut uygulamadan yararlanabilmesi gerekir.

İşverenin tek bir işçisine fiili bir davranışıyla; mevzuatta, iş sözleşmesinde ya da işyeri yönetmeliğinde yer almayan bir menfaati sağlamış olması durumunda ise, bir işyeri uygulamasından ziyade, zımnî bir iş sözleşmesi hükmü olduğundan söz etmek daha uygun olur²³. Bu nedenle, işe daha sonra alınan bir işçinin yalnızca bu işçiyeye sağlanan yararın kendisine de sağlanması konusunda bir talep hakkı bulunmayacaktır²⁴.

İkinci olarak, işverenin davranışının işyeri uygulaması olarak kabul edilmesi için bu davranışın bir süre tekrar etmiş olması gerekir²⁵. Tek bir kere sağlanan menfaatin işyeri uygulaması olduğu düşünülemez²⁶. Uygulamanın kaç kere tekrar edilmesi gerektiği konusunda ise somut bir ölçü verilmesi mümkün değildir. Bu durum, somut olayın özelliğine göre belirlenmeli ve uygulamanın dürüstlük kuralı gereğince devam edeceği konusunda işçide yaratılan haklı beklenti dikkate alınmalıdır. Konu hakkında Yargıtay tarafından, bir menfaatin üç yıl süreyle sağlanması halinde işçinin aynı menfaati talep hakkına sahip olduğu yönünde kararlar verilmiştir²⁷. Elbette bu sayı, her

22 Sützek, *İş Hukuku* (n 9) 81, Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 23; Keser (n 3) 82; Fatih Uşan, 'Karar İncelemesi İşyeri Uygulaması - İşverenin Yönetim Hakkı - İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi - Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi - Bildirimli Fesih - İhbar ve Kıdem Tazminatı' (1999) 7 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391, 392; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 270; Kabakçı (n 16) 112; Alpagut, 'Esaslı Değişiklik' (n 3) 105.

23 Sützek, *İş Hukuku* (n 9) 81; Civan, Genel İş Koşulları (n 13) 77.

24 Sützek, *İş Hukuku* (n 9) 81; "Örneğin doğum yapan kadın işçilerden birine ödemede bulunulması, sonradan diğer işçiler açısından talep edilebilir bir hak haline almaz. Aksine belirli bir süreçte, istisnasız doğum yapan işçilerin tamamına ödeme yapılması, diğer şartların varlığı halinde işyeri uygulaması olarak değerlendirilebilir." Kabakçı (n 16) 112.

25 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 271; Sützek, *İş Hukuku* (n 9) 82; Kabakçı (n 16) 112.

26 Yargıtay bir kararında, yalnızca bir yıl ödenen ikramiyenin takip eden yıllar bakımından da ödenmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır: "İkramiye bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesinin "işyeri koşulu" olduğu kabul edilmektedir. Her durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmaz. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. ... Somut olayda davacı, davalı işyerinde ikramiye ödenmediğini ve işyeri uygulaması haline geldiğini, davacının ikramiye alacağı bulunduğunu iddia etmiştir. Davalı ise sadece 2009 yılı için ikramiye ödenmediğini işyeri uygulaması haline gelmediğini savunmuştur. Her ne kadar Mahkemece ikramiye alacağının 2010-2011 yılı için kabulüne karar verilmiş ise de işyerinde 2009 yılında ikramiye ödemesi yapılmış olup, bu tarihten önce ve sonra ikramiye ödenmemiştir. İkramiyenin düzenli ödeneceğine dair alınmış yönetim kurulu kararı, iş sözleşmesi ya da süregelen bir uygulama olmadığından ikramiye alacağının reddine ilişkin emsal kararların Dairemizce onandığı (2016/ 13467 Esas - 2019/ 12057 Karar sayılı ilam) gözüne alındığında talebin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 22 HD, E 2016/16058 K 2019/13885, 24.06.2019, Kazancı İçtihat Bankası. Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 104; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 271.

27 "İşverenin yaptığı prim ödemesi, başarı veya herhangi bir kriter gözetilmeden arka arkaya 3 yıl sürmüş, 3 yıl aradan sonra tekrar etmiş olmakla bağlayıcı olmuş ve işyeri uygulaması haline gelmiştir." Yargıtay 9 HD, E 2014/21153 K 2015/32270, 16.11.2015, Kazancı İçtihat Bankası; "... işyerinde 3 yıldan fazla ikramiye ödemesi verilmesi halinde bu hususun artık işyeri şartı haline geldiği gözetilip ..." Yargıtay HGK, E 2003/9-11 K 2003/53, 05.02.2003, kararı inceleyen Ömer Ekmekçi, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' iç *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi* 2003 (2005) 29. Aynı yönde Yargıtay 22 HD, E 2016/16058 K 2019/13885, 24.06.2019, Kazancı İçtihat Bankası.

somut olayda işyeri uygulaması bakımından mutlak olarak kabul edilen bir sayı olmamalı, somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle, işverenin davranışının bağlayıcılığı için farklı bir süre de aranabilir²⁸.

Nihayet bir davranışın işyeri uygulaması olarak kabul edilmesi için edimin aynı koşullarla sağlanması gerekir. Bununla birlikte, işveren tarafından zaman içinde aynı nedene bağlı olarak bir ödeme yapılmışsa, bu ödemenin belirli yıllarda farklı tutarda olması işyeri uygulamasının oluşmadığı anlamına gelmemelidir²⁹. Bir başka ifadeyle, işveren devamlı bir uygulama ile hakkın sağlanacağı konusunda işçide haklı bir beklenti oluşturmuşsa, ancak edimin tutarı konusunda bir belirsizlik varsa bu durumda tutar, hakkaniyete göre belirlenebilir³⁰. Öte yandan, işveren tarafından emredici hükümlerin aksine bir davranışın uzun süre tekrarlanmış olmasının o davranışı işyeri uygulaması haline getirmeyeceği de belirtilmelidir³¹.

II. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK DÜZENLEMESİ

A. DEĞİŞİKLİĞE DUYULAN İHTİYAÇ İLE DEĞİŞİKLİĞE KARŞI KORUNMA İHTİYACI

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan iş sözleşmesinde, ahde vefa ilkesi uyarınca tarafların tek taraflı olarak sözleşme içeriğine müdahale etmesi veya bunu değiştirmesi mümkün değildir³². Taraflar ancak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla yani anlaşarak bir sözleşmede değişiklik yapabilirler. Böylece sözleşmenin taraflarına bir koruma sağlanmış olur ve eşit ve özgür iradeler güvence altına alınır³³. Ahde vefa ilkesi, bir sözleşme ilişkisinin, aksine bir anlaşma olmadıkça,

28 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 82.

29 *Süzek'e* göre ödemenin aynı koşullarla gerçekleşmesi şartı çok katı biçimde ele alınmamalı, bazı yıllar bu ödemenin farklı tutarda olması işyeri uygulaması olmadığı anlamına gelmemelidir, *Süzek, İş Hukuku* (n 9) 82; *Şen'e* göre de, ödemenin tutarının farklı olması değil aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrar etmesi önemlidir. *Şen*, (n 3) 48.

30 *Soyer* (n 16) 43; *Kabakçı* (n 16) 114.

31 Nitekim bu esas *Yargıtay* tarafında da şu açıklamalarla isabetle belirtilmiştir: “*Anayasal temeli olan yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır. Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunudur. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği (m 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği (m 41 ve 63), hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödemesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında, işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.*” *Yargıtay 9 HD, E 2016/12390 K 2020/1393, 04.02.2020, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2012/10473 K 2014/15663, 14.05.2014, Lexpera.*

32 *Kübra Doğan Yenisey, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi’* (2010) (26) *Çalışma ve Toplum* 93, 96; *Aydın, ‘Değişiklik Feshi’* (n 3) 23.

33 *Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (Seçkin 2005) 23; *Doğan Yenisey, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik’* (n 32) 97; *Centel'e* göre de işverenin tek yanlı değişiklik isteğine karşı işçinin korunması, iş güvencesi hükümlerinin tamamlayıcı bir parçası olarak ortaya çıkar. *Centel* (n 6) 245. *Yüksek Mahkeme* de bu hususa şu ifadelerle işaret etmiştir: “*4857 Sayılı Kanun’un 22. maddesinin birinci fıkrasının asıl konuluş amacı, işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine karşı işçiyi korumak; işçinin isteği dışında işini, işyerini ve diğer çalışma şartlarını değiştirecek işveren davranışlarına engel olmaktır.*” *Yargıtay 9 HD, E 2023/494 K 2023/1658, 08.02.2023, Kazancı İçtihat Bankası.*

aynı şartlarla devam etmesini sağlar. Kişisel olarak işverene bağlı kabul edilen ve böylece sözleşmenin kendisi için kişisel bir borç ilişkisi yarattığı işçinin iş ilişkisindeki menfaati, bu ilişkinin sürekliliğinin sağlanması ve iş sözleşmesinin içeriğinin işverenin tek taraflı değişikliklerine karşı korunmasıdır. İşte ahde vefa ilkesinin kabulü ile işverenin değişik taleplerine karşı işçi korunmaktadır³⁴.

Bununla birlikte, sürekli borç ilişkisi yaratan iş sözleşmesinin zaman içinde gelişen şartlar karşısında değiştirilmesi ihtiyacı doğabilir. Değişen ve gelişen üretim teknikleri, üretim kapasitesi, işçinin iş görme borcunu yerine getirme usulü, iş görme borcunun kapsamı, işçinin mesleki ilerlemesi, işyerinin fiziksel koşulları, ücret ve sosyal yardımlarda bazı düzenlemelerin yapılması ihtiyacı, kârlılık ve verimliliğin artırılması ve sürdürülmesi gereksinimi gibi sebeplerle yukarıda sıralanan çalışma koşullarında çeşitli değişiklikler yapılması söz konusu olabilir³⁵. Elbette bu sürekli borç ilişkisinde işverenin işyeri üzerindeki yönetim hakkı ve işletmesel karar alabilme özgürlüğü tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. İşverenler; üretimi arttırmak, rekabeti sağlamak, işyerinin ekonomik geleceğini korumak gibi gerekçelerle işletmesel kararlar alabilmektedir. Ancak bu işletmesel kararlar, işçiyi etkilediği zaman ahde vefa ilkesi kendini gösterir³⁶. Böylece çalışma koşullarında değişiklik yapılması, ahde vefa ilkesi ile işverenin menfaatleri ve yönetim hakkı arasında bir dengenin sağlanmasını gerektirir³⁷. İş ilişkilerinde bu dengenin kurulmasını sağlamak üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde³⁸ özel bir usule yer verilmiştir.

B. DEĞİŞİKLİK USULÜ

İş Kanunu'nun 22. maddesinde göre, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.

34 Fatih Uşan, ‘4857 sayılı İş Yasasının 22. maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Uygulamaları’ (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211, 218; Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (n 33) 24; Doğan Yenisey, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik’ (n 32) 97; Gülsevil Alpagut, ‘İş Kanunu’nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı, Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları’ (2006) 3(9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 49, 50; Heper (n 9) 221.

35 A. Murat Demircioğlu, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi’ *İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan* (2011) 121, 124; Doğan Yenisey, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik’ (n 32) 97; Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (n 33) 24; Uşan (n 34) 219; Akın (n 3) 46; Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 23; Senyen Kaplan (n 3) 342; Tulukçu (n 3) 1106; Centel (n 6) 245.

36 Doğan Yenisey, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik’ (n 32) 97.

37 Uşan (n 34) 218; Akın (n 3) 46.

38 *Caniklioğlu’na göre “Çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkin 22. madde 1475 sayılı Kanundan farklı olarak işçilere önemli bir koruma sağlamaktadır. Gerçekten maddede çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin ancak işçinin yazılı rızası ile yapılabileceği belirtilmekte, böylece 1475 sayılı Kanundan farklı olarak işçi ya değişikliği kabul etme ya da iş sözleşmesini feshetme dayatmasından kurtulmaktadır.”* Nurşen Caniklioğlu, ‘İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik’ (2010) (18) Sicil İş Hukuku Dergisi 104, 109. Ayrıca bakınız Alpagut, ‘İş Kanunu’nun 22. Maddesi’ (n 34) 54.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

Her ne kadar İş Kanunu'nun 22. maddesinin kenar başlığı “*Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi*” olarak düzenlenmiş ise de³⁹, hükmün içeriğinde öngörülen usulün, *esaslı değişikliklere* özgülendiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan işverenlerin çalışma koşullarında yapmak istediği her değişikliğin esaslı nitelikte olmayabileceği, yönetim hakkının doğal sonucu olarak (esaslı olmayan) belirli değişiklikleri yapabileceği kabul edilmektedir⁴⁰. Örneğin işverenlerin, işyerinin kârlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alması doğal olduğu gibi, iş görme ediminin yerine getirilmesinin şekline, zamanına, sırasına ve kapsamına ilişkin ayrıntıları da aksi kararlaştırılmadıkça işveren belirlemektedir⁴¹. Buna karşılık, çalışma koşullarında esaslı değişiklikler yapılmasının sınırları İş Kanunu'nda çizilmiştir. İş hukuku öğretisinde esaslı değişiklik, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale oluşturan, sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini belirli ölçüde bozan değişiklikler olarak izah edilmektedir⁴². Esaslı değişiklik ve esaslı olmayan değişiklik ayrımı bakımından her somut durum için geçerli bir ölçütün tespiti güçlük arz etmekte ise de, konunun daha çok Yargıtay kararları ile şekillendiği ifade edilebilir^{43,44}. Önemle belirtelim ki, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan ve iş görme ediminin sinallagmasını oluşturan ücrete ilişkin aleyhe yapılan her türlü değişikliğin işçi aleyhine esaslı değişiklik niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamına giren bir çalışma koşulunun değiştirilebilmesi için, öncelikle işverenin yazılı değişiklik önerisi gerekir. Niteliği gereği, bir icap olan bu değişiklik önerisi ile amaçlanan, tarafların değişiklik önerisi üzerinde uygun ve karşılıklı irade beyanlarını açıklayarak anlaşmalarıdır. Bir icap niteliğini taşıdığı için değişiklik önerisinin borçlar hukukunda icap için aranan şartları taşıması, açık ve belirgin olması gerekir⁴⁶. Öte yandan bu değişiklik önerisinin genel bir ilan ile değil, her bir işçiye ayrı ayrı yapılması gerekir. Zira hükümde açıkça “işçiye yazılı olarak bildirmek” şartına yer verilmiştir⁴⁷.

39 İş Kanunu m.22 hükmünün kenar başlığına yönelik eleştiriler ve terminolojisindeki soruna yönelik tespitler konusunda bakınız Ali Güzel, ‘İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi’ Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi (Seçkin 2017) 539, 545 vd.

40 Ünal Narmanlıoğlu, ‘İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?’ (2006) (3) Sicil İş Hukuku Dergisi 9, 11; Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 23 vd.

41 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 275. Aynı yönde Yargıtay 9 HD, E 2008/14835 K 2010/3178, 11.02.2010, Lexpera.

42 Süzek, İş Hukuku (n 9) 675 vd; Güzel ve Ugan Çatalkaya (n 12) 53; Alpagut, ‘İş Kanunu'nun 22. Maddesi’ (n 34) 56; Eda Manav, ‘İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu’ (2012) (25) Sicil İş Hukuku Dergisi 136, 140.

43 Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 24; Güzel ve Ugan Çatalkaya (n 12) 53.

44 Belirtelim ki, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişikliklerin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu yönde bakınız Yargıtay 9 HD, E 2014/33855 K 2015/34494, 07.12.2015, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2012/10473 K 2014/15663, 14.05.2014, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2008/14835 K 2010/3178, 11.02.2010, Lexpera.

45 Süzek, İş Hukuku (n 9) 677; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 617 vd.; Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 24; Gaye Burcu Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar (Yetkin 2014) 89.

46 Süzek, İş Hukuku (n 9) 682; Demircioğlu (n 35) 128; Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 32; İş Kanunu m.22/1'de yer verilen değişiklik önerisinin bir icap olduğu ancak buradaki icap ve kabulün genel hükümlerden farklı bir nitelikte yazılı şekil şartına bağlandığı, genel hükümlerde icabın yazılı olmak zorunda olmadığı gibi kabulün de zmnî olarak yapılmasının mümkün olduğu yönünde Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 378.

47 Süzek, İş Hukuku (n 9) 682; Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 114; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi (n 33) 68; Mollamahmutoğlu,

Değişiklik önerisinin yazılı olarak yapılması bir geçerlilik şartıdır. Nitekim 22. maddede, “şekle uygun yapılmayan değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı” açıklanmıştır. Değişikliğin işçiyi bağlamayacağı ifadesinden anlaşılması gereken ise değişikliğin işçi bakımından hüküm ifade etmemesidir⁴⁸.

İşveren tarafından yapılan bu değişiklik önerisinin gerçekleşmesi ancak işçinin yazılı kabulüyle mümkündür. Hükümde işçinin bu kabulünün açık bir kabul olması aranmıştır. Bu nedenle işçinin değişiklik karşısında susması zımnî kabul olarak değerlendirilemeyecek; aksine red olarak nitelendirilecektir⁴⁹. İşçi bu yazılı kabulünü, Kanun’un tanıdığı altı iş günlük süre içinde vermeli yani değişiklik önerisini düşünmek, kendini değişikliğe ve değişiklik önerisinin reddine hazırlamak hatta kendi değişiklik önerisini sunmak⁵⁰ için bir zamana sahip olmalıdır. İşçiye böyle bir zaman tanımadan hemen karar vermeye zorlamak ise değişiklik önerisinin geçersiz olması sonucunu doğurur⁵¹. Tıpkı değişiklik önerisi gibi işçinin kabulü bakımından aranan yazılı şekil de bir geçerlilik şartıdır⁵². Belirtmek gerekir ki, işçinin bu kabulü kendisine yapılan değişiklik önerisi bakımından geçerli olacak, yoksa ilerideki tüm değişiklikler için verilmiş bir kabul olarak nitelendirilmeyecektir⁵³.

Konumuz bakımından önemli olan ücret konusundaki aleyhe değişikliklerde, işçinin ücretinde değişiklik yapılabilmesi için, İş Kanunu m.22’deki usulün izlenmesi gerektiğinden, işverence tek taraflı olarak ücretlerin düşürülmesi, bir ücret ekinin verilmemesi biçiminde yapılan bir değişikliğe karşı işçinin sessiz kalarak çalışması bir kabul anlamına gelmeyeceği gibi bu durum olumsuz bir işyeri uygulaması olarak da nitelendirilemez^{54,55}.

Astarlı ve Baysal (n 11) 377; Alpagut, ‘Esaslı Değişiklik’ (n 3) 108.

48 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 377; Centel (n 6) 249.

49 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 619; Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 683; Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 114; Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (n 33) 62; Şen (n 3) 94; Uşan (n 34) 255; Tulukçu (n 3) 1114.

50 Alpagut, ‘Esaslı Değişiklik’ (n 3) 108.

51 Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 32.

52 Yazılı şekil şartının işçinin bağımsız iradesinin tespitine yönelik bir düzenleme olarak nitelendirilmesi hakkında bakınız Doğan Yenisey, ‘Çalışma Koşullarında Değişiklik’ (n 32) 99.

53 Yargıtay 9 HD, E 2014/4238 K 2015/15421, 28.04.2015, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2023/1098 K 2023/4896, 03.04.2023, Kazancı İçtihat Bankası; Keser (n 3) 88; Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 116.

54 Nitekim Yargıtay’a göre, “Ücret indirimine dair esaslı değişikliğin işçi tarafından açıkça kabul edilmemesine rağmen ödeme döneminde daha az ücret ödenmesi, hatta bu ödemeye dair ücret bordrosunun işçi tarafından imzalanması durumunda dahi işçinin fark ücret isteme hakkı devam eder.” Yargıtay 9 HD, E 2020/6849 K 2021/4195, 17.02.2021, Kazancı İçtihat Bankası; Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 684; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 620.

55 Konumuzun kapsamı dışında kalmakla birlikte, öğretide; işçinin, iş sözleşmesinde işverenin asli borcu olan ücret dışında, özellikle işyeri ve işin niteliğinde yapılan değişiklikler karşısında itiraz etmeden uzun süre bu değişikliğe göre çalışmasına karşın, sonradan bu değişiklik önerisini yazılı olarak kabul etmediği gerekçesiyle karşı çıkmasının, kimi durumda hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturabileceğinin savunulduğunu da eklemek gerekir. Ayrıntılı bilgi için bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 684; Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (n 33) 74; Aydın, ‘Değişiklik Feshi’ (n 3) 32. Nitekim Yüksek Mahkeme, iş güvenliği uzmanı olarak çalışan, sonra daha alt bir göreve getirilen işçi hakkında verdiği kararda, “Ne var ki davacı düz işçi pozisyonunda 2 yıldan fazla süre çalışmış, ücreti bu alt pozisyona göre belirlenmiştir. Davacının görev değişikliğine bu kadar uzun süre ses çıkarmamasının, sözleşmenin karşı tarafı olan işverende bu değişikliğin kabul edildiği yönünde bir inancın oluşmasına neden olması olağandır. Davacının işverenin işleme uygun davranışlarda bulduktan sonra 4857 Sayılı Kanun’un 22. maddesinde öngörülen şekil eksikliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına uygun düşmemektedir. Diğer yandan 4857 Sayılı Kanun’un 32. maddesine göre ücret, çalışma karşılığı belirlenir. Davacı, ücret farkı talep ettiği dönemde iş güvenliği uzmanı olarak çalışmamış; alt pozisyondaki görevini sürdürmüştür. Dolayısıyla davacının fiilen yapmadığı bir işin karşılığına hak kazanması mümkün değildir.” yönünde hüküm kurarak, işçinin alt görevde çalışmasına ses çıkarmamasına rağmen sonradan yazılı şekil şartına aykırılık iddiası ile fark ücret alacağı talebinde bulunması davranışını dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. Yargıtay 9 HD, E 2023/494 K 2023/1658,

Bu durumda işçi, zamanaşımı süresince ödenmeyen ücret farkını veya ücret eklerini talep edebileceği gibi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir⁵⁶.

III. İŞVERENİN ÜCRET ÖDEME BORCU VE ÜCRET ZAMMI UYGULAMALARINA BİR BAKIŞ

A. GENEL OLARAK İŞVERENİN ÜCRET ÖDEME BORCU

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinde işçinin asli borcu iş görme iken işverenin asli borcu ise ücret ödemektir. Bu yönüyle ücret, iş görmenin karşılığıdır. Anayasamızda bu esas “*Ücret emeğin karşılığıdır.*” (m.55) hükmü ile kendini gösterir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda ise ücret, “*bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar*” biçiminde tanımlanmıştır (m.32/1).

Öte yandan ücret, işçinin çoğu zaman yegâne kimi zaman da en önemli geçim kaynağı durumundadır. Nitekim iş sözleşmesinde tarihsel süreçte dikkate alınan bağımlılık türlerinden biri de işçinin işverene ekonomik bağımlılığı olmuştur. Ekonomik bağımlılıkta, işçi yaşamı için gerekli olan geliri işverenden elde etmekte ve çalışmasını büyük oranda bu işveren yanında geçirdiği için işçinin biricik geçim kaynağını da bu ücret oluşturmaktadır⁵⁷. Bugün için ekonomik bağımlılık, bağımlılık unsurunu ele alırken tek başına yeterli olmamakta, özellikle kişisel ve hukuki bağımlılık ölçütleri önem kazanmaktadır. Ancak ekonomik bağımlılık, bağımlılık unsurunu değerlendirirken kimi zaman dikkate alınan yardımcı bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle tipik çalışma ilişkilerinde sözleşmenin zayıf konumunda bulunan işçinin sosyo-ekonomik durumu dikkate alındığında işverene ekonomik yönden bağımlı olması ile sıklıkla karşılaşılr⁵⁸.

Ekleme gerekir ki, iş sözleşmesinde iş görme borcunun aksine ücretin kim tarafından ödendiği önem taşımaz⁵⁹. Bir başka ifadeyle iş görme borcu işçi tarafından bizzat ifa edilecek bir borç olsa

08.02.2023, Kazancı İçtihat Bankası. Yargıtay’ın konu hakkında benzer olarak önceden verdiği kararları değerlendiren Alpagut’a göre, “*Yargıtay’ın bu kararları İş Kanunu madde 22’nin lafzına ve ruhuna aykırıdır. Maddenin amacı, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişikliğe karşı korunmasıdır. Bu koruma belirli bir prosedürle birlikte, esaslı değişiklik kurumunun fesih hukukuna ilişkilendirilmesi yoluyla sağlanmak istenmiştir. İşçinin sessiz kalmasına kabul iradesinin bağlanması bu noktada 1475 sayılı Yasa döneminde yaşanan uygulamanın devam ettirilmesi anlamına gelecektir. Kaldı ki, işçinin korunması amacıyla getirilen açık bir yasal düzenleme karşısında dürüstlük kurallarına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılmasından söz edilmesi mümkün değildir.*” Alpagut, ‘Esaslı Değişiklik’ (n 3) 109.

56 Benzer şekilde ikramiye bakımından yapılan bir değerlendirmede de, işverence ikramiye ödemesinin her yıl aynı tutar ve aynı hesap yöntemi ile devamlı olarak yapılması halinde, artık o ikramiyenin aynı koşullarla uygulanmasını gerektiren bir işyeri uygulamasından söz edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 82. Aynı şekilde ikramiyenin ödenmemesi gibi olumsuz işyeri uygulamaları ise işçi aleyhine sonuç doğurmayacak ve işçi zamanaşımı süresi içerisinde ücret alacağını her zaman talep edebilecektir, Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 84.

57 Ayrıntılı bilgi için bakınız Ali Güzel, ‘Fabrikadan İnterete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme’ Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan (TÜHİS 1997) 83, 102; Ayşe Köme Akpulat, ‘Geçmişten Günümüze İş Hukukunda Bağımlılık İlkesinin Gelişimi’ *7th International Conference on Forensic Science and Law* (Ispec Journal 2023) 28, 34.

58 Köme Akpulat (n 57) 34.

59 Yargıtay 10 HD, E 2020/12071 K 2021/9585, 05.07.2021, Kazancı İçtihat Bankası.

bile ücret ödeme borcunun işveren tarafından şahsen yerine getirilmesi gerekmez. Bu konuda İş Kanunu'nda ücret tanımı yapılırken ücretin "işveren veya üçüncü kişiler" tarafından sağlanmasına yer verilmiştir (m.32/1)⁶⁰. Ancak ücretin üçüncü kişiler tarafından ödenmesinin mümkün olması elbette ücret ödeme borçlusunun işveren olduğu gerçeğini değiştirmez. Ücreti ödenmediği durumda işçi ödenmeyen ücreti için işverenden talepte bulunacaktır.

İş Kanunu'nda ya da diğer kanunlarda işçiye ödenecek ücretin yeri, zamanı, şekli, ücretin asgarî miktarı, ücretin ödenmemesinin yaptırımı, ücretin güvencesi gibi konularda hüküm bulunmasına rağmen işçi ücretlerine zam yapılması, yapılacak ücret zammının miktarı ya da zam yapılması dönemi konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak ücretin miktarı konusunda alt sınır Türk Borçlar Kanunu m.401'de çizilmiştir: "İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgarî ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür."

B. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK BAKIMINDAN ÜCRET ZAMMI

1. ÜCRET ZAMMI KONUSUNDA YAZILI DÜZENLEMELER

a. Genel Olarak

Ücrete ilişkin her türlü aleyhe değişikliğin esaslı değişiklik niteliğinde olduğu kabul edilmekle birlikte⁶¹ ücret zammı konusundaki değişiklikler her zaman bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Belirtelim ki, ücret zammının bir işyeri uygulaması olarak görülüp görülemeyeceği konusu öğretide bugüne kadar çok incelenmiş bir konu olmayıp, konu genellikle işyeri uygulaması haline gelen ikramiyeler bakımından ele alınmıştır. Bununla birlikte, işyerindeki zam uygulamalarının işverenin yönetim hakkı kapsamında mı görülmesi gerektiği yoksa ücret zammının bir çalışma koşulu niteliği taşıdığı kabul edilerek, İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen usule mi tabi olması gerektiğine ilişkin uyuşmazlıklar zaman zaman Yüksek Mahkeme'nin de önüne gelmektedir.

Taraflar arasında ücrete zam yapılacağı, bu zammın oranı (zammın asgarî ya da azamî miktarı, enflasyona ya da asgarî ücrete endekslenmesi), zam dönemi (örneğin altı ayda bir, yılda bir, her yılbaşında, her sezon başında, asgarî ücret artış döneminde vb.) bir sözleşme ile kararlaştırılmışsa, bu durumda işverenin zam yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmeli ve ücret zammının bir çalışma koşulu olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir. Bu durumda zam yapılması gereken tarih geldiğinde ücret artık zamlı ücret üzerinden talep edilebilir hale gelir ve ücretin eksik ödenmesi durumunda işçi fark ücreti talep edebilir⁶². Bununla birlikte, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından 2013

60 Bu kapsamda, işçinin ücretinin bahşişlerle karşılanması, ücretin üçüncü kişiler tarafından ödenmesinin en tipik örneği olarak karşımıza çıkar.

61 Süzek 'İş Hukuku' (n 9) 677; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 617 vd.; Yıldız, *Sözleşmesel Kayıtlar* (n 45) 89.

62 Efe Yamakoğlu, 'İş Hukukunda Ücret Zammı' (2017) (38) Sicil İş Hukuku Dergisi 87, 89.

yılında verilen bir kararda, ücret zammının iş sözleşmesinde yer alması halinde uygulanabilmesi için, hükmün mutlak, kesin ve uygulanır nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, zamma ilişkin sözleşme hükmünün belirli olguların gerçekleşmesine bağlı olarak uygulanacağı belirtilmişse ya da bu durum işverenin yönetim hakkına bırakılmışsa, zam hükmünün uygulanması imkânı yoktur⁶³. Dikkat edileceği üzere, Özel Daire sözleşmedeki zam hükmünün uygulanabilmesi için, bunun bir kesinlik içermesi gerektiği, mutlak kesinliğin bulunmadığı durumlarda ise hükmün uygulanması zorunluluğunun bulunmadığı yönünde değerlendirme yapmıştır.

İkinci olarak, iş sözleşmesinde hüküm olmamakla birlikte işyeri yönetmeliklerinde işyerindeki ücret politikasına ve ücret zammına ilişkin hükümlere yer verilmiş olabilir. İşverenin çoğu zaman işyerinde yeknesaklığı sağlamak amacıyla tek taraflı ve önceden hazırladığı bu yönetmelikler yukarıda ifade edildiği gibi iş sözleşmesinin bir eki haline gelir ve bu durumda işyeri yönetmeliğinde getirilen zam esasına göre işçi tarafından ücrete zam yapılması talep edilebilir. Diğer bir ifadeyle, işyeri yönetmeliğinde düzenlenen ücret zammının da işçi bakımından bir çalışma koşulu niteliği taşıdığı açıktır.

Ancak bu noktada çalışma konumuz bakımından önemli bir soru ile karşılaşılmaktadır: Acaba iş sözleşmesinde ya da onun eki niteliğindeki bir kaynakta belirtilerek çalışma koşulu haline gelmiş ücret zammı bakımından “zam uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin hakkın işverence saklı tutulması / işverenin takdirine bırakılması” gibi bir yazılı kaydın mevcudiyeti halinde, işverenin ücret zammı uygulama yükümlülüğü bulunduğundan yine de söz edilebilir mi? Diğer bir şekilde ifade etmek gerekirse, işveren, bu şekilde bir kayda dayanarak ücret zammını yapmaktan tamamen vazgeçmek ya da ücret zammı oranını düşürmek isterse, acaba İş Kanunu m.22’de öngörülen usulü mü⁶⁴ izlemelidir? Hemen ekleyelim ki, İş Kanunu’nun 22. maddesinin Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ilk şeklinde (Tasarı m.23/II) işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde ve belirli süreli iş sözleşmelerinde⁶⁵ değişiklik usulüne ilişkin fıkranın uygulanmayacağı düzenlenmiş ise de bu ifadeler yasalasmamıştır⁶⁶. Kanun’un hazırlık çalışmalarında değişiklik hakkının saklı tutulabileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmesine yönelik bir irade gözlemlenirken, Kanun’da daha sonra bu düzenlemeye yer verilmemiş olması, öğretilerdeki tartışmaların artmasına sebep olmuştur.

63 “...Ücret ve zamlarına ilişkin bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin zorunluluk taşıması, mutlak, kesin ve uygulanır olması gerekir. Bu hükümlerin belirtilen unsurları taşınamaması, örneğin belirli olguların gerçekleşmesi ve işverenin yönetim hakkına bırakılması halinde uygulanması olanağı yoktur”. Yargıtay 9 HD, E 2011/18568 K 2013/22524, 16.09.2013, Kazancı İçtihat Bankası.

64 Ekleyelim ki, bir iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliğinde başlangıçta yer almamakla birlikte, iş sözleşmesinin kurulmasından ve çalışma koşullarının belirlenmesinden sonra değişiklik kaydının saklı tutulmasına ilişkin bir hükmün getirilmek istenilmesi halinde, çalışma koşullarında esaslı değişiklik için öngörülen usulün izlenmesi gerekmektedir, bu yönde bakınız Sözek, *İş Hukuku* (n 9) 69.

65 *Alpagut’a* göre, belirli süreli iş sözleşmesinde işçinin rızası bulunmadıkça işverenin belirlenen şartları süre sonuna kadar uygulamakla yükümlü olduğuna ilişkin esasın madde metninde yer almasının ya da almasının bir önemi yoktur. Zira çalışma koşullarında esaslı değişiklik, süreli fesih ile bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinde ise süreli fesih bulunmamaktadır. Bu sözleşmede işveren, işçinin rızasını alarak çalışma koşullarında değişiklik yapabilir. Ancak yazara göre işçinin çalışma koşullarında değişikliği kabul etmemesi halinde işveren tarafından yapılan fesih haksız olacaktır. *Alpagut*, ‘İş Kanunu’nun 22. Maddesi’ (n 34) 59.

66 *Alpagut*, ‘İş Kanunu’nun 22. Maddesi’ (n 34) 59; Erdem Özdemir, ‘İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar’ (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 32.

Öte yandan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü ile değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasına ilişkin tartışmalar farklı bir boyut daha kazanmıştır. Değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilirken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin de dikkate alınması gerekir.

b. Ücret Zammının Yazılı Olarak Belirlenmesi Durumunda Değişiklik Kayıtları

Borç ilişkisinin taraflarından birinin, sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapabilmesi hakkını tanıyan düzenlemeler değişiklik kaydı veya değişikliği saklı tutma kaydı olarak ifade edilmektedir⁶⁷. Uygulamada pek çok sözleşmede ya da işyeri yönetmeliğinde değişiklik yapmaya ilişkin kayıtlara yer verildiği görülmektedir. Çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisinin işçiye de tanınması mümkün ise de⁶⁸, bu tür kayıtlar genellikle işverenler tarafından kullanılmaktadır. Nitekim yargı kararlarında, bu tür kayıtların genişletilmiş yönetim hakkı olarak nitelendirildiği görülmektedir⁶⁹. İş ilişkilerinde oldukça yaygın bir uygulamaya sahip değişiklik kayıtları, işyeri değişikliği, ücret değişikliği, çalışma sürelerinde değişiklik gibi çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır⁷⁰.

Değişiklik kayıtlarındaki çeşitliliğe karşın, çalışma konumuz bakımından özellikle genel işlem koşulları içeren bir tip iş sözleşmesinde ya da işyeri yönetmeliğinde yer verilen “İşçiye zam verilip verilmeyeceği işverenin takdirindedir.” ya da “Zam oranı ... olarak belirlenmiş olup, zam oranı işverence değiştirilebileceği gibi, zam uygulamasından her zaman vazgeçilebilir.” gibi hükümlerin geçerli olup olmayacağına belirlenmesi önem taşır. Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere, Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddeleri arasında yer verilmiş, ancak Türk Borçlar Kanunu'nun “Hizmet Sözleşmeleri” başlığını taşıyan Altıncı Bölümü'nde ya da İş Kanunu'nda, genel iş koşullarına ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle iş ilişkilerinde genel iş koşulları bakımından da Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde, genel işlem koşulları; bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır. Yine anılan hükme göre, bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu düzenlenmiştir. Aksi

67 Mustafa Alp, ‘İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi’ (2006) (3) Sicil İş Hukuku Dergisi 37, 37; Nihat Seyhun Alp, ‘İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkı Veren Genel İşlem Koşulu Niteliği Taşıyan Gönüllülük ve Geri Alma/Değişiklik Kayıtlarının Değerlendirilmesi’ (2022) 30(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1705, 1710.

68 Orhan Ersun Civan, ‘Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi’, (2016) 15 (1), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt 1) 781, 783.

69 Yargıtay 9 HD, E 2012/10473 K 2014/15663, 14.05.2014, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2008/14835 K 2010/3178, 11.02.2010, Lexpera.

70 Civan, ‘Değişiklik Kayıtları’ (n 68) 793.

takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Yine sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür (m. 21/2). Öte yandan, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmaması halinde veya birden çok anlama gelmesi haline, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanması gerekmektedir (m. 23). Ayrıca genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulabilmesi de mümkün değildir (m. 25).

Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemesinden hareketle, öğretide, genel işlem koşullarının⁷¹ iş hukukundaki görünümü olan genel iş koşulları bakımından da⁷² bir tanım yapılmıştır. Buna göre, işverenin ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek taraflı olarak hazırladığı ve üzerinde değişiklik ve pazarlık yapılması imkânı bulunmayan genel ve yeknesak sözleşme hükümleri, genel iş koşulu niteliğindedir⁷³. Bilindiği üzere, pek çok işyerinde çalışma koşulları her bir işçi ile ayrı ayrı yapılan sözleşmeler ile belirlenmemekte, işveren tarafından önceden ve tek taraflı hazırlanmış sözleşmelerin işçilere sunulup kabulü ile iş sözleşmeleri bağlanmaktadır. Bu şekilde oluşturulan tip iş sözleşmeleri üzerinde işçiler çoğu durumda pazarlık yapabilme imkânı bulamamakta, işverence önceden tek taraflı hazırlanmış sözleşmeyi ya kabul etmek ya da sözleşme ile bağlanmaktan vazgeçmek durumunda kalmaktadır⁷⁴. Tip iş sözleşmelerine benzer şekilde, işyeri yönetmelikleri de somut bir işçiyi dikkate almaksızın genel ve yeknesak nitelikte ve işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmakta olup⁷⁵ üzerinde değişiklik ve pazarlık yapılması imkânı bulunmadığından genel iş koşulu özelliği taşımaktadır⁷⁶. Hiç şüphesiz, bu şekilde işyeri yönetmeliğinde geçen koşulların varlığı hakkında sözleşmenin kurulması aşamasında işçiye açıkça bilgi verilip bunun içeriğini öğrenme imkânının tanınması gerekir, aksi halde bu koşullar yazılmamış sayılacaktır⁷⁷. Önemle eklemek gerekir ki, genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye ya da işyeri yönetmeliklerine⁷⁸ konulan bu koşulların her birinin tartışılarak

71 Eren'in tanımıyla, "Bugün modern toplumda bazı sözleşme tiplerinde sözleşmenin içeriğini oluşturan koşulların tamamı veya birçoğu bir tarafta önceden hazırlanmakta, bunlar genellikle görüşülmeden, tartışılmadan diğer tarafta da kabul edilmektedir. Taraflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standartlaştırılmış sözleşme hükümlerine, genel işlem koşulları denir". Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin 2019) 227.

72 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 67; Sarper Süzek, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları' (2011) (24) Sicil İş Hukuku Dergisi 5, 5; Güzel ve Ugan Çatalkaya (n 12) 48; Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 49.

73 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 65; Süzek, 'Tip İş Akitleri' (n 12) 461.

74 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 64.

75 *Kutlu Mutluer'e*, işveren işyeri iç yönetmeliklerini iş sözleşmesi devam ederken de hazırlayabildiğinden, önceden ve tek taraflı belirlenme unsurunun işyeri iç yönetmelikleri bakımından zorunlu bir unsur olmadığı kabul edilmelidir. Kutlu Mutluer (n 13) 77-78. Öte yandan işyeri yönetmeliğinin içeriğinin işveren veya işveren vekili tarafından bizzat hazırlanmasının şart olmadığı da belirtilmelidir. Bu konuda bir meslek birliğinin ya da işveren sendikasının hazırladığı metnin işveren tarafından benimsenip işyeri yönetmeliği olarak işçiye sunulması mümkündür. Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 69.

76 Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 65; Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 67.

77 Türk Borçlar Kanunu m.21/1: "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."

78 Bilindiği üzere uygulamada işyeri yönetmelikleri, tip iş sözleşmesinin eki olarak işçinin kabulüne sunulmaktadır, bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 68; Kutlu Mutluer (n 13) 16, 69.

kabul edildiğine ilişkin kayıtlar⁷⁹, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmamaktadır (TBK m. 20/3).

Buna karşılık, önceden tek taraflı hazırlanmamış ve karşılıklı pazarlık sonucunda⁸⁰ oluşturulmuş koşulların ise, genel iş koşulu niteliği taşımadığı sonucuna varılmaktadır. Her bir koşul işçi tarafından tartışılmış, işçinin talebiyle değiştirilmiş ya da düzeltilmiş olursa bu durumda tip iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliği bir genel işlem şartından çok bireysel bir iş sözleşmesi niteliğini kazanacaktır⁸¹. Elbette bu iş sözleşmesi de İş Kanunu'nun mutlak ve nisbi emredici hükümlerine uygun olmalıdır.

İş hukuku öğretisinde genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin iş ilişkilerinde uygulanabilir olduğu genel olarak kabul görmekte ise de, Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesinin iş ilişkilerinde uygulanabilirliği açısından öğretide bir fikir ayrılığı bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesine göre⁸², genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede, bir hükmün değiştirilmesine ya da yeni düzenleme getirilmesine yetki veren kayıtlar *yazılmamış sayılacaktır*⁸³.

Bu noktada ekleyelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önce de iş hukuku öğretisinde değişiklik yapma hakkının saklı tutulup tutulamayacağı konusu tartışmalı idi. Bu tartışmaların odak noktasını, İş Kanunu'nun 22. maddesinde değişiklik yapma usulünün öngörülmesi, değişiklik yapma hakkının saklı tutulabileceğine ilişkin düzenlemenin ise İş Kanunu Tasarısı'nda yer alırken, kanunlaşmaması oluşturmaktaydı. Bu dönemde öğretide Tasarı'da yer alan bir hükmün madde metnine alınmamasının, kanun koyucunun bu kayıtları yasaklama iradesi gösterdiği şeklinde yorumlanmaması gerektiği, çalışma yaşamının dinamikleri dikkate alındığında hiçbir değişikliğe izin vermeyen katı bir sistemin benimsenmesinin uygun olmadığı ileri sürülmüştür⁸⁴. Buna göre, değişiklik kayıtlarının saklı tutulamayacağı düşüncesi, işletme gerekleri, tarafların irade özerkliği ve esnekleşme düşüncesine

79 Maddenin gerekçesinde, uygulamada çok sayıda tip sözleşmede, metinde sözleşmenin tüm hükümlerinin her birinin okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ve emredici hükümlerin dolanılmaması amacıyla bu hükmeye yer verildiği belirtilmiştir. Öğretide isabetli olarak, gerçeğe aykırı biçimde tip iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliği hükümlerinin işçi ile işveren arasında tartışılarak kabul edildiğinin yazılmış olmasının, bir tip sözleşmesini ya da işyeri yönetmeliğini genel iş koşulu olmaktan çıkaramayacağı ifade edilmektedir, bakınız Süzek, 'Tip İş Akitleri' (n 12) 465; Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 70.

80 Öğretide de isabetli belirtildiği üzere, bir işyerinde tip iş sözleşmelerinin imzalanması ya da işyeri yönetmelikleri yoluyla genel iş koşullarının belirlenmesi, o işyerinde pazarlık yapılmış bireysel bir iş sözleşmesi yapılmasına engel bir durum değildir. Bu şekilde kimi işçilerle farklı objektif nitelikleri nedeniyle değişik iş koşulları kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırı sayılmamalıdır, bu yönde bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 68.

81 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 70.

82 Belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nda tek taraflı olarak sözleşmeyi düzenleyen tarafa karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi konusu düzenlenmiş ise de, Kanun'un Hizmet Sözleşmeleri isimli Altıncı Bölümü'nde ya da İş Kanunu'nda, genel iş koşulu niteliğindeki değişiklik kayıtlarına ilişkin herhangi bir özel hükme yer verilmemiştir.

83 Dikkat edileceği üzere Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşmeyi düzenleyen genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede değişiklik kaydına yer vermesi halinde, bu kaydın hiç yazılmamış sayılması gibi ağır bir sonuç öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde, uygulamada hemen hemen bütün tip sözleşmelerde genel işlem koşullarını düzenleyenler lehine yetki verilmiş olduğuna dikkat çekilerek maddenin önemi vurgulanmıştır.

84 Özdemir (n 66) 33; Gülsevil Alpagut, 'İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri' (2004) 18 (5) Çimento İşveren Dergisi 52, 59.

uygun düşmemektedir⁸⁵. Öte yandan, değişiklik hakkının saklı tutulabileceğini savunan yazarlar da bu kayıtların bir denetime tabi olması gerektiğini ifade etmişlerdir⁸⁶. Değişiklik ihtiyaçlarına uyum sağlanabilmesi için gerekli olan, işverenin haklı menfaatine dayanan ve işçinin menfaatlerini aşırı ölçüde sınırlamayan kayıtların geçerli olduğu kabul edilmelidir⁸⁷. Aksi görüşe göre ise İş Kanunu m. 22'nin açık hükmü karşısında, işveren tarafından çalışma koşullarını değiştirebilme hakkını saklı tutan hükümlerin geçerli kabul edilmemesi gerekmektedir⁸⁸.

İş Kanunu'nun kabulünden daha sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndan sonra bu tartışma yeni bir boyut daha kazanmıştır. Bir görüşe göre, iş mevzuatında tip iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliğinde değişiklik yapmaya yönelik bir kaydın bulunması halinde, bu kayıtlar artık Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesi gereğince yazılmamış sayılmalıdır, zira iş mevzuatında var olan boşluğun, Türk Borçlar Kanunu'nun emredici hükümleri ile doldurulması gerekmektedir⁸⁹. İş hukukunun genel amacı esneklik sağlanması olmayıp sözleşmenin zayıf tarafının korunması olduğuna göre, işçinin sözleşmeyi mevcut hali ile imzalamak ya da hiç imzalamamak arasında kaldığı, diğer bir deyişle içeriğine hiç etki edemediği sözleşmelerdeki değişiklik kayıtlarının geçersiz sayılması isabetli bir durumdur⁹⁰. Borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanındaki ilişkilerde dahi Türk Borçlar Kanunu m.24 uygulanırken, genellikle bir tarafı daha güçsüz konumda olan iş ilişkilerinde bu kural evleviyetle uygulanmalı ve çoğunlukla iş bulma endişesi içerisindeki işçiye işverenin tip iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliği ile iş ilişkisinin kurulmasında çalışma koşullarını dayatabileceği gerçeği karşısında⁹¹ değişiklik kayıtlarının saklı tutulamayacağı kabul edilmelidir⁹². Öte yandan bu görüşe göre, belirli alanlarda (atipik sözleşmeler, iş süreleri gibi) duyulan esneklik ihtiyacının, İş Kanunu'nun genelinde uygulanacak bir esas olarak görülmesi ve iş ilişkilerinde esnekliğe ihtiyaç duyulduğu gerekçesiyle bu tür değişiklik kayıtlarının geçerli görülmesi isabetsiz bir yaklaşımdır⁹³. Tip iş sözleşmelerinde ve işyeri yönetmeliklerinde değişiklik kayıtlarına yer verilemeyeceğini savunan görüş, işverence ücret zammından vazgeçme hakkını saklı tutulmuş dahi olsa, değişiklik yapmak

85 Ufuk Aydın, '4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)' (2007) (5) Sicil İş Hukuku Dergisi 57, 61 vd.; Aydın, 'Değişiklik Feshi' (n 3) 26-31.

86 Özdemir (n 66) 33; Alpagut, 'Yargıtayın Bir Kararının Düşündürdükleri' (n 84) 59; Aydın, 'Değişiklik Kayıtları' (n 84) 61-66; Aydın, 'Değişiklik Feshi' (n 3) 26-31.

87 Alp, 'İçerik Denetimi' (n 67) 45.

88 Narmanlıoğlu (n 40) 16 vd.

89 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 74-75.

90 Yıldız, *Sözleşmesel Kayıtlar* (n 45) 134.

91 Ekleyelim ki, işverence önceden tek taraflı hazırlanmamış ve karşılıklı pazarlık sonucunda oluşturulmuş iş sözleşmelerinde yer alan değişiklik kayıtlarının genel iş koşulu niteliği sonucuna varılmayacağından, bunlar bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına uygun olup olmadıklarına ilişkin tartışma gündeme gelmemektedir, bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 74; Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 121. Ancak bu tür bir sözleşmede yer alan değişiklik kaydının da dürüstlük kuralına uygun olması gerektiğinden, örneğin ücrette indirim yapılabileceğine ilişkin bir kayıt yine de geçerli görülmemelidir, bu yönde bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 77 vd.; Yıldız, *Sözleşmesel Kayıtlar* (n 45) 137.

92 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 76-77.

93 Belirtelim ki tip iş sözleşmelerinde veya işyeri yönetmeliklerinde değişiklik kayıtlarına yer verilemeyeceği görüşündeki Süzek, olması gereken hukuk açısından, belirli konulardaki değişiklik kayıtlarının genel iş koşullarına konulabileceğinin Kanunda düzenlenebileceğini ifade etmektedir, Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 76 vd.

isteyen işverenin İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen usulü izlemesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

Tekrar edelim ki, iş hukuku öğretisinde İş Kanunu'nun 22. maddesinin açık hükmüne dayanarak değişiklik kayıtlarına yer verilemeyeceği görüşünü savunanlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar, çalışma şartlarının oluşması ve bunların ne şekilde değiştirileceği İş Kanunu m.22'de belirtildiğine göre, uygulamada iş sözleşmelerinde işçiye sağlanan ödemelerin işverenin takdiriyle kaldırılabilirliği ya da sağlanan hakların çalışma koşulu haline gelmeyeceği yönündeki hükümlerin hukuken bir değer taşımadığını ileri sürmektedir⁹⁴. Bu görüşe göre değişiklik kayıtları, ister genel iş koşulu niteliği taşıyan tip iş sözleşmesi ya da işyeri yönetmeliğinde yer alsın ister bireysel pazarlık sonucu oluşturulmuş bir sözleşmede yer alsın, İş Kanunu'nun 22. maddesi karşısında geçersiz sayılmalıdır.

Öğretideki diğer görüşe göre ise; sözleşmeyi düzenleyen genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede değişiklik kaydına yer vermesi halinde, bu kaydın hiç yazılmamış sayılmasını öngören Türk Borçlar Kanunu m.24 hükmü iş hukukunda uygulanmamalı, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerden farklılık gösteren ve esneklik ihtiyacından kaynaklanan özel yapısı gözetilmeli ve tip iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliklerinde değişiklik yapmaya yönelik kayıtlara yer verilebilmelidir⁹⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesinin hükmü iş hukukunun kendine özgü karakteri ile çatışmaktadır ve ortaya çıkan gerçek olmayan kanun boşluğunun Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan içerik denetimi ile doldurulması suretiyle dürüstlük kuralına aykırı olarak işçinin aleyhine durumunu ağırlaştıran değişiklik kayıtlarının önüne geçilebilmesi mümkündür⁹⁶. Bu bakımdan çalışma yaşamının gerekleri dikkate alındığında bu tür kayıtların doğrudan geçersiz sayılması yerine, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında bir değerlendirilmeye tabi tutulabileceğinin kabul edilmesi daha yerinde olur⁹⁷. Ancak değişiklik kayıtlarının sadece dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması işçiler için yeterli koruma sağlamayacağından, genel işlem koşullarına ilişkin ilave denetimlerin uygulanması gerektiği de bir gerçektir^{98,99}.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, değişiklik yapılabilmesini saklı tutan kayıtların belirli sınırlar dâhilinde geçerli olduklarının kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşımdır. Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeyi düzenleyen genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede değişiklik kaydına yer veremeyeceğine ilişkin hükmünün, çok daha farklı bir yapıya sahip olan tip iş sözleşmeleri ya

94 Narmanlıoğlu (n 40) 16 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 112.

95 Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (n 33) 416; Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 130.

96 Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (n 33) 416; Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 133 vd.

97 Gülsevil Alpagut, 'İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' iç *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010* (Başbakanlık Basımevi 2012) 54.

98 Alp, 'Değişiklik Kayıtlarının Değerlendirilmesi' (n 67) 1708 vd.

99 Değişiklik kayıtlarının tabi olacağı denetimler konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız Özdemir, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi' (n 66) 37-41; Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, (n 33) 330-412; Alp, 'İçerik Denetimi' (n 67) 40-49; Civan, 'Değişiklik Kayıtları' (n 68) 791-818; Mustafa Alp, 'İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri' (2009) 3 (21) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 13, 20-31; Aydın, 'Değişiklik Feshi' (3) 29 vd; Alp, 'Değişiklik Kayıtlarının Değerlendirilmesi' (n 67) 1718-1743.

da işyeri yönetmelikleri bakımından da mutlak bir geçersizlik sonucunu doğurduğunun kabulü, ilk bakışta görünür olmayan bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Şüphesiz, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenen ve genel işlem koşullarında yer alan değişiklik kayıtlarının yazılmamış sayılmasına ilişkin hükmün neden iş ilişkilerinde uygulanamayacağını gerekçelendirilmesinde, iş ilişkilerinde duyulan esneklik ihtiyacı temel dayanak noktası olarak görülemez. Kanımızca burada hareket noktası İş Kanunu'nun 22. maddesi olmalıdır. İş Kanunu'nun 22. maddesi, iş ilişkilerinde değişiklik yapılmasını *özel olarak* düzenleyen hükümdür. Bu özel hüküm içerisinde, değişiklik yapılması usulü gösterilmiş ancak değişiklik yapma hakkının saklı tutulması bakımından bir açık bir düzenleme getirilmemiş, örtülü bir boşluk yaratılmıştır. Örtülü boşluğun doldurulmasında ise amaca uygun yorumlama yönteminden yararlanılabilir. Gerçekten hukuk normları toplumsal yaşam ihtiyaçlarını karşılama amacıyla öngörüldüklerinden, iş kanunlarında yer alan hükümlerin yorumlanması gerektiğinde, esas itibarıyla amacına uygun yorum yönteminden yararlanılması gerekmektedir¹⁰⁰. Eğer işverenin değişiklik ihtiyacının meşru olarak hissedilebileceği bir noktada dahi hiçbir hareket alanının olmayacağı kabul edilirse, işveren sözleşme kurulurken sözleşme şartlarının kendisi bakımından en korunaklı olacak şekilde hazırlanmasını tercih edebilir.

Bu açıdan, işverenin zam uygulamasından tek taraflı vazgeçebileceği ya da zammın işverenin takdirinde olduğu yönündeki bir kaydın geçerli kabul edilerek uygulanması ilk bakışta işçinin aleyhine bir durumdur. Ancak bu tür kayıtların geçersiz olduklarının kabulü halinde, işverenler zam konusuna tip sözleşmelerde/işyeri yönetmeliklerinde yer vermek yerine, gerekli gördüklerinde fiili zam uygulamalarına gitmek yolunu tercih edebilirler. Oysa zammın yazılı bir kayda dayanmayarak, fiili uygulamalar şeklinde yapılması birtakım sakıncaları beraberinde taşımaktadır¹⁰¹. Benzer şekilde, işverenin saklı tuttuğu değişiklik kaydına dayanmasının, iş sözleşmesini feshetmemek için duyulan bir ihtiyaca karşılık geldiği bir durumda bu tür bir kaydın faydalı olabileceği düşünülebilir. Zira bu kayıtlar geçersiz sayılırsa, işverence İş Kanunu m.22'de öngörülen usul işletilerek değişiklik önerisi sunulacak, bu değişikliğe onay veren ve vermeyen işçiler arasında farklı çalışma koşulları ortaya çıkacak, kabul etmeyen işçiler bakımından fesih gündeme gelecek, kabul etmeyen işçilere iş sözleşmesinin sona erdirilmesine bağlı olarak kıdem tazminatı ödenecek ve işyerinin genel ekonomik durumu daha kötüye gidebilecektir¹⁰². Dolayısıyla değişiklik yapma kayıtlarının geçersiz olduklarını peşinen kabul eden bir yaklaşımın, ilk bakışta görünmeyen olumsuz etkileri olabilir.

İş Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında Kanun'un 22. maddesine ilişkin değişiklik yapma hakkının saklı tutulabileceğine ilişkin cümlenin Kanun'a alınmamış olması, kanun koyucunun değişikliği yapma hakkının saklı tutulmasını kabul etmediği anlamına gelmemektedir¹⁰³. Kanun koyucu

100 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 27.

101 Çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelendiği üzere, yargı kararlarında yazılı bir kaynağa dayanmaksızın fiilen uygulanan zamların bir çalışma koşulu niteliği taşıyıp taşımadığı konusu halen tartışmalı bir konudur ve dolayısıyla konunun fiili duruma bırakılması eğilimi, işçiler açısından ilk bakışta görülmeyen (zam uygulamasının çalışma koşulu olarak değerlendirilmemesi gibi) olumsuzlukları da beraberinde getirebilir. Bakınız ileride III, B, 2.

102 Civan, bu bakımdan değişiklik kayıtlarının kullanımının özellikle işyerinin ekonomik gidişatının kötüye gittiği hallere özgülenmesi gerektiği, böylelikle muhtemel kötüye kullanımların önüne geçilebileceği görüşündedir, bakınız Civan, 'Değişiklik Kayıtları' (n 68), 789 vd.

103 Özdemir, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi' (n 66) 33; Alpagut, 'Yargıtayın Bir Kararının Düşündürdükleri' (n 84) 59.

burada “değişiklik hakkı saklı tutulamaz” şeklinde açık bir irade de göstermemiştir. Değişiklik yapma hakkının saklı tutulması konusunda suskun kalınması, bu konuda kesin bir sonuca bağlanılmak istenmediği yönünde de yorumlanabilir. Gerçekten, eğer kanun koyucu değişiklik yapma hakkının saklı tutulabileceğini açıkça kabul etmiş olsa idi, bu defa iş ilişkilerinde somut olay adaleti bakımından son derece tartışmalı kayıtlar konusunda bir zemin yaratılmış olabilirdi. Bu bakımdan kanun koyucu iş ilişkilerinde bu tür bir kayda yer verilebilmesini açıkça yasaklamamak suretiyle, somut durum bakımından meşru bir ihtiyaçtan doğan kayıtların varlık gösterebilmesine alan açmıştır.

İş Kanunu’nun 22. maddesinin değişiklik hakkının saklı tutulmasını engelleyen bir düzenleme olarak görülemeyeceğini tespit ettikten sonra, İş Kanunu’nun 22. maddesinin sadece değişiklik yapılması usulünü gösteren değil, aynı zamanda – işçilerin bir prosedür çerçevesinde korunması suretiyle – çalışma koşullarının değişen koşullara uyarlanabilmesini de sağlayan bir hüküm niteliğinde olduğunu vurgulamak yerinde olacaktır. Bu yönüyle İş Kanunu’nun 22. maddesi, sözleşmeyi ayakta tutmaya gayret eden ve fesihden önce başvurulması gereken son bir imkân niteliğine bürünen, fesih sonucunu engellemeye yönelik bir “öz” de taşımaktadır. Bu anlamda 22. madde, fesihden önce alternatif bir çözüm önerisinde bulunulduğunu ispatlama aracıdır. İş sözleşmesinin sona erdirilmemesi amacına da yönelik bir hükmün, salt değişikliklerin nasıl yapılacağı konusunda belirli bir prosedür öngörmesi nedeniyle, değişiklik kayıtlarının kabul edilemeyeceği sonucuna varılmaması gerekir.

Öte yandan iş sözleşmesi kurulurken işçinin işe ihtiyacı bulunduğu, değişiklik yapma hakkının saklı tutulan bir kaydı kabul etmek zorunda kalabileceği gerekçesi¹⁰⁴, “işe duyulan ihtiyaç” sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemde “işin kaybedilmesi endişesine” bürünerek karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten bir değişikliği “zorunda kalarak kabullenme” durumunun, iş sözleşmesinin feshedileceği¹⁰⁵ endişesi duyan bir işçinin 22. madde kapsamında vereceği yazılı rıza bakımından da mevcut olduğu ileri sürülebilir¹⁰⁶. Benzer şekilde 22. maddenin ikinci fıkrasında, herhangi bir prosedür işletilmeksizin tarafların anlaşmak suretiyle her zaman değişiklik yapabileceklerine izin verilmiştir ki, fesihle karşılaşmamak için “zorunda kalarak kabullenme” olgusunun bulunduğu bu durumda da iddia edilebilir.

Tüm bu gerekçelerle, Türk Borçlar Kanunu’nun 24. maddesinin değişiklik kayıtlarını mutlak biçimde yazılmamış sayan hükmünün ön planda tutulması yerine, İş Kanunu’nun 22. maddesinin getiriliş amacını da dışlamayan bir çözümün benimsenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Gerçekten iş ilişkileri içerisinde değişiklik yapılması ihtiyacı çok çeşitli konularda kendini gösterdiği gibi, iş sözleşmelerinde karşılaşılan değişiklik kayıtları da son derece çeşitli bir yapıdadır. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre, toptan yasaklayıcı bir yaklaşım yerine, her bir değişiklik kaydının (gönüllülük, geri alma, değişiklik yapma gibi) değişiklik ihtiyacının meşru amacına uygun olarak

104 Bu görüşte bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 76 vd.

105 İş Kanunu’nun 22. maddesinin birinci fıkrasında: “İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.” cümlesine yer verilmiştir.

106 Alp, ‘Değişiklik Kayıtlarının Değerlendirilmesi’ (n 67) 1717.

kaleme alınıp alınmadığına göre bir değerlendirme yapılması yerinde olur. Dürüstlük kuralına aykırı, meşru bir amaca hizmet etmeyen bir kayıt, hiç şüphesiz geçersiz sayılmalıdır.

Çalışma konumuz bakımından yukarıda açıkladığımız esas çerçevesinde, somut durum özelinde bir değerlendirmenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zam uygulamasından vazgeçme ya da bu oranı düşürmeyi saklı tutan bir hak hiç şüphesiz dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır. İşverenin söz konusu değişiklik yapma kaydının keyfi bir biçimde, zam uygulamama “*hakkına*” dayanarak, dürüstlük kuralına aykırı biçimde – örneğin işçilerin iş sözleşmelerini kendilerinin feshetmelerini beklemesi ve böylece sözleşmenin işverence sona erdirilmesine bağlanan sonuçlardan kurtulması – amacıyla kullanması kabul edilemez. Değişiklik yapma hakkının kötüye kullanılması durumunda işçi çalışma koşullarının uygulanmaması nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Sonuç olarak görüşümüze göre, değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtların kesin olarak geçersiz oldukları sonucuna varmak yerine, somut durumun özelliklerini dikkate alarak, her bir kayıt bakımından, kaydın ne şekilde yazıldığı, hangi amaçla kullanıldığı gibi değerlendirmeler yapılması, diğer bir ifadeyle bu kayıtların denetimlere tabi tutulması yerinde olacaktır.

2. ÜCRET ZAMMI KONUSUNDA YAZILI OLMAYAN UYGULAMALAR

a. Sürekli ve Düzenli İşyeri Uygulamaları

Uygulamada ücret zammı konusunda iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri yönetmeliğinde bir hüküm olmamakla birlikte, işveren tarafından düzenli ve sürekli olarak işçi ücretlerine belirli oranda zam yapılması ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. İş ilişkilerinde işyeri uygulaması niteliğine kavuşarak çalışma koşulu haline gelmiş bir hak, tıpkı yazılı bir kural gibi çalışma koşulu niteliği taşıdığından, işçi işyeri uygulaması ile sağlanan menfaati talep edebilmektedir¹⁰⁷. Ancak yazılı olarak kararlaştırılmayıp fiilen tekrar eden zam uygulamasının bir işyeri uygulaması olarak kabul görüp görmeyeceği gerek öğretide gerek yargı kararlarında tartışmalıdır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işverenin işçi ücretlerine düzenli olarak zam yapmasının da bir işyeri uygulaması haline geldiğini kabul etmek yerinde olacaktır¹⁰⁸. Zira işveren tarafından sürekli, düzenli ve genel olarak sağlanan bu menfaat karşısında işçide ücretine zam yapılacağı haklı beklentisi, dürüstlük kuralı çerçevesinde oluşmuş durumdadır. Bununla birlikte öğretide, zam uygulaması sözleşmede yer almıyor ise – düzenli olarak yapıp yapılmamasına bir değer atfedilmeksizin – bir işyeri uygulaması niteliği taşımadığı görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmede açıkça bir zam oranı kararlaştırılmamış ise, işverenin daha önceki dönemler için uyguladığı zam oranı bir işyeri uygulaması olarak görülemez, diğer bir ifadeyle işyeri uygulaması ücret artışlarını

107 Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 103. Esasında tip iş sözleşmelerinin kurulmasına esas olan genel iş koşulları ile işyeri uygulaması arasında büyük bir benzerlik olduğu, işyeri uygulamalarının da genel işlem koşullarına benzer şekilde kitlesel ilişkileri yeknesak bir düzene kavuşturma işlevi gördüğü ifade edilmiştir, bakınız Soyer (n 16) 48.

108 Bu yönde ücret zammının bir işyeri uygulaması olduğu görüşünde, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 272; Yamakoğlu (n 62) 94; Keser (n 3) 94.

kapsamamaktadır¹⁰⁹. Yine aynı doğrultudaki bir görüşe göre, zam yapılacağı hususunda yazılı bir sözleşme veya başka bir delil bulunmadığında işveren işçinin ücret zammı talebini kabul etmek zorunda olmamakla birlikte, işçiler arasında eşit davranma ilkesine uymaya da dikkat edilmelidir¹¹⁰.

Fiilen tekrar eden zam uygulamasının bir işyeri uygulaması niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda yargı kararları incelendiğinde, hâlihazırda yerleşik bir içtihadın bulunduğu söz etmenin güç olduğu ifade edilebilir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2012 tarihli bir kararında, ücret zammının işverenin yönetim hakkı kapsamında görülüp görülemeyeceği konusunda, sözleşmede ücret zammının zorunluluğu ve oranı konusunda açık düzenleme bulunup bulunmadığına göre bir ayrıma gidilmiş ve yazılı sözleşmede ücret zammının zorunluluğu ve oranı konusunda açık düzenleme olmadığı takdirde önceki yıllarda yapılan zam ve oranlarının işvereni bağlamayacağı sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, ücret zammı zorunluluğu ve oranı sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa, zam yapıp yapmamak işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, daha önceki zam uygulamalarının işyeri uygulaması olarak değerlendirileceğinden söz edilemez¹¹¹. Bu kararlardan; ücret zammının yazılı olarak kararlaştırılması halinde, zam hükmünün uygulanmamasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratacağının kabul edildiği; yazılı olarak kararlaştırılmayıp fiilen tekrar eden zam uygulamasının ise işyeri uygulaması olarak kabul görmeyeceği ve işverenin yönetim hakkı çerçevesinde onun takdirine bağlı bir durum olarak görüldüğü anlaşılmaktadır.

Buna karşılık 22. Hukuk Dairesi 2013 yılında verdiği bir kararında, ücret zammı talebi işveren tarafından kabul edilmeyen işçinin iş sözleşmesini feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığını değerlendirirken, ücret zammı konusunda işvereni bağlayan bir iş sözleşmesi hükmü ya da işyeri uygulaması olup olmadığı üzerinde durmuş ve ücret zammı yapılması yönünde işvereni bağlayan bir iş sözleşmesi veya işyeri uygulaması bulunmadığını gözeterek karar vermiştir¹¹². Bu bakış açısı, Özel Daire'nin ücret zammının bir işyeri uygulaması ile de çalışma koşulu haline gelebileceğini dolaylı olarak kabul ettiğini göstermektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017 tarihli bir kararında ise, eşitlik ilkesi üzerinde de durularak işverenin tüm işçilere zam uygulaması halinde davacı işçiye de zam uygulamak zorunda olduğu belirtildikten sonra ücret zammının bir işyeri uygulaması haline gelip gelmediğinin araştırılması gerektiğine karar verilmiştir¹¹³. Bu kararı takiben 2018 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından

109 Ekmekçi ve Yiğit (n 11) 104.

110 A. Can Tuncay 'İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' iç Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011 (Başbakanlık Basımevi 2013) 63; Süzek, İş Hukuku (n 9) 385.

111 Yargıtay 9 HD, E 2009/37863 K 2012/2312, 30.01.2012, Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde bakınız İstanbul 41 BAM, E 2019/716 K 2020/873, 17.06.2020, Lexpera.

112 Yargıtay 22 HD, E 2012/13005 K 2013/3331, 19.02.2013, Kazancı İçtihat Bankası.

113 "Somut uyumsuzlukta davalı işyerinde davacı gibi sonradan işe giren bazı işçilerin belirtilen ücret zamlarından yararlandırılmasına dair olarak bu işçilerle hizmet sözleşmelerinin imzalandığı ve ücret zammının uygulandığı işverenin kabulündedir. Keza davacının da işe girdiği 20.11.2000 tarihinde yazılı bir hizmet sözleşmesinin imzalandığı belirtilmiş ise de dosya kapsamında bu husus tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Sözleşme olmamış olsa bile işveren davacının işe girdiği tarihte tüm işçilere zam uygulamış ise eşit işlem borcu nedeni ile davacıya da zam uygulamak zorundadır. Hal böyle olunca mahkemeye davacı ile işe giriş tarihinde yazılı bir sözleşme yapıp yapılmadığı, yapılmış ise sözleşmeye göre zamların uygulanıp uygulanmadığı araştırılmalı, sözleşme yapılmamış ise eşit işlem borcu kapsamında işyerinde işe girdikten sonra, sonradan yapılan ücret zamlarının tüm işçiler açısından işyeri uygulaması

verilen ve bizim de isabetli bulduğumuz bir kararda, çalışanlara düzenli olarak zam yapıldığı ve bunun işyeri uygulaması haline geldiği kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından “*Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacı ve diğer çalışanlara düzenli olarak zam yapıldığı ve bunun işyeri uygulaması haline geldiği anlaşılmaktadır. Tüm çalışanlara zam yapılırken davacıya zam yapılmaması yerinde değildir. Zam nedeni ile oluşan ücret ve buna bağlı izin ücreti farkına hükmedilmelidir. Fakat davacıya yapılacak zam emsal durumda çalışana yapılan zamma göre hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.*” ifadelerine yer verilerek; toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliğinde bir hüküm olmamasına rağmen düzenli verilen zammın işyeri uygulaması niteliği kazandığı ve tüm çalışanlara zam yapılırken davacıya zam yapılmamasının yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmış ve zam nedeni ile oluşan ücret ve buna bağlı izin ücreti farkına hükmedilmesine karar verilmiştir¹¹⁴.

Ancak daha yeni tarihli bir BAM kararında, ücret zammı zorunluluğu ve oranı sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış ise, zammın işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu gerekçesi ile, daha önceki zam uygulamalarının işyeri uygulaması olarak değerlendirilemeyeceği ifadelerine yer verildiği görülmektedir¹¹⁵. Bu kararlar, yazılı bir hükme dayanmaksızın fiilen yapılan zam uygulamaları konusunun halen tartışmalı niteliğini koruduğunu ortaya koymaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre¹¹⁶, işveren tarafından sürekli, düzenli ve genel olarak sağlanan bu menfaat karşısında işçide ücretine zam yapılacağı haklı beklentisi, dürüstlük kuralı çerçevesinde oluştuğundan, – tıpkı düzenli sağlanan bir ikramiye verilmesi örneğinde olduğu gibi – bunun bir işyeri uygulaması niteliği taşıdığından şüphe edilmemelidir.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, işyerinde sürekli ve düzenli olarak bir ücret zammı yapılıyor ancak bu zammın oranı zaman zaman değişiklik gösteriyorsa, bu durumda ücret zammının işyeri uygulaması sayılmayacağını söylemek de yerinde olmaz. Zira sürekli olarak işçi ücretine zam yapılması halinde, aynı davranış aynı nedenlerle ve düzenli olarak tekrar gerçekleştirildiğinden işveren tarafından sağlanan bir menfaatin süreklilik kazandığı söylenebilir. Bu durumda işçi, artık ücretine zam yapılacağı haklı beklentisi içine girer ve bu beklenti de dürüstlük kuralına uygundur. Burada ücret zammını işyeri uygulaması haline getiren esas, işverence sağlanan bu tek taraflı edimin devamındaki beklentidir. Tek başına zam miktarının değişik uygulanması ise bu beklentiye dürüstlük kuralına göre haksız çıkarmaya yetmez. Bu durumda zam oranı hakkaniyete göre belirlenebilir¹¹⁷.

haline gelip gelmediği araştırılması ve bu hususların tespitinden sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir.” Yargıtay HGK, E 2016/9-1913 K 2017/450, 15.03.2017, Kazancı İçtihat Bankası.

114 Yargıtay 9 HD, E 2018/9640 K 2018/22991, 12.12.2018, Kazancı İçtihat Bankası.

115 İstanbul 41 BAM, E 2019/716 K 2020/873, 17.06.2020, Lexpera.

116 İşçi ücretlerine düzenli olarak zam yapılmasının işyeri uygulaması haline geldiği görüşünde bakınız Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 272; Yamakoğlu (n 62) 94-95, 101; Keser (n 3) 94.

117 Nitekim öğretide, bir ödemenin sadece aynı tutar ve aynı hesap yöntemi ile devam ettiği müddetçe işyeri uygulaması niteliği taşıyabileceğinin düşünülmemesi gerektiği, edimin sağlanması yönünde devamlı bir uygulama oluşmuş ancak tutarı ya da hesaplanması konusu belirginleşmemiş ise, hakkaniyete göre belirleme yapılarak yine de bir işyeri koşulunun oluştuğu kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir, bakınız Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 82; Süzek, ‘Genel İş Koşulları’ (n 72) 10. Gerçekten işyeri uygulamasında esas belirleyici olan, işçinin bu uygulamanın devam edeceğine yönelik bir güven duymasının dürüstlük kurallarına göre korunmaya değer görülebmesidir, bakınız Kabakcı (n 16) 114.

b. Belirli Bir Olguya Bağlanan İşyeri Uygulamaları

Uygulamada ücret zammının kimi zaman işyerindeki işçilere genel olarak uygulanmadığı, işçinin kişisel niteliklerine ve durumuna (yaş, kıdem, verimlilik, başka bir işyerinden aldığı transfer teklifi, hastalık, ailevi durum) bağlı olarak verilmesi ile karşılaşmaktadır. Bu durumda işçinin kişisel durumuna bağlı olarak uygulanan ücret zammı genel bir nitelik taşımadığı için işyeri uygulaması haline gelmeyecek, daha önce de ifade edildiği gibi işçinin belirlenen yeni ücreti zımnî bir iş sözleşmesi hükmü gibi değerlendirilecektir. Zira bir uygulamanın işyeri uygulaması haline gelmesi için, genel bir nitelik taşıması yani tüm işçilere ya da işçilerin bir kısmına uygulanması gerekir¹¹⁸.

Bununla birlikte, salt belirli olguların gerçekleşmesine bağlanan zam uygulamaları, işyerinde bu şartı gerçekleştiren işçilere objektif ve genel olarak uygulanıyorsa, artık bunun da bir işyeri uygulaması niteliğine kavuştuğu kabul edilmelidir. Her ne kadar, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ücret zammının yazılı olarak iş sözleşmesinde yer alması halinde dahi hükmün mutlak, kesin ve uygulanır nitelikte olması gerektiğini, aksi halde (sözleşme hükmünün belirli olguların gerçekleşmesine bağlı olarak uygulanacağı belirtilmişse ya da bu durum işverenin yönetim hakkına bırakılmışsa) zam hükmünün uygulanması imkânı olmadığı sonucuna ulaşmış ise de¹¹⁹, kanımızca ücret zammının belirli olguların gerçekleşmesine bağlanması, uygulamanın işyeri uygulaması niteliğine kavuşmasına tek başına engel olmamalıdır. Zira burada, takvimsel nitelikte (altı ayda bir, yılda bir) gibi olmasa da, belirli olguların gerçekleşmesi suretiyle düzenli şekilde devam eden bir uygulama oluşmaktadır.

Hiç şüphesiz, yalnızca bir kere yapılan bir zammın bir işyeri uygulamasına dönüştüğünü söylemek de isabetli olmayacaktır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi işyeri uygulaması için aranan şartlardan biri de, işyeri uygulamasıyla sağlanan yararın belirli bir süre devam ediyor olmasıdır. Bu nedenle örneğin, ücret zammının ülkenin ekonomik durumuna göre ücrette bir iyileştirme hedefiyle yapılması durumunda tek seferlik sağlanan bu menfaatin işyeri uygulaması olarak kabulü mümkün olmayacaktır. Ancak örneğin, işyerinde belirli bir kıdeme ulaşıldığında belirli bir oranda zam yapılacağına ilişkin bir uygulama varsa ve bu uygulama belirli bir süredir uygulanmakta ise, artık burada düzenli bir işyeri uygulaması oluştuğu ve işverenin (eşit davranma borcunun da bir gereği olarak) bu zammı uygulaması gerektiği sonucuna varılabilir. Aynı şekilde, işveren her sene belirli bir kâr oranına ulaşılması halinde bir zam uygulamaktaysa, şartların gerçekleşmesi halinde zam uygulamasından tek taraflı dönülemeyeceğinin, bu durumun artık belirli bir olgunun gerçekleşmesiyle oluşan işyeri uygulaması olduğunun kabulü gerekir.

Bu anlamda (bir alt başlıkta da açıklayacağımız üzere), işverenin bu şekilde “belirli bir kıdeme ulaşılması, işletmede belirli düzeyde bir kâr oranına ulaşılması” gibi olguların gerçekleşmesine

118 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 81, Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 23; Keser (n 3) 82. “İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden ortak bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.” Yargıtay HGK, E 2015/9-306 K 2017/387, 01.03.2017, Kazancı İçtihat Bankası.

119 “... Ücret ve zamlarına ilişkin bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin zorunluluk taşıması, mutlak, kesin ve uygulanır olması gerekir. Bu hükümlerin belirtilen unsurları taşınamaması, örneğin belirli olguların gerçekleşmesi ve işverenin yönetim hakkına bırakılması halinde uygulanması olanağı yoktur.” Yargıtay 9 HD, E 2011/18568 K 2013/22524, 16.09.2013, Kazancı İçtihat Bankası.

bağlanmış zam uygulamasının, teorik açıdan “değişiklik yapma hakkının saklı tutulması” ile aynı potada değerlendirilmemesi gerektiği görüşündeyiz. “Belirli bir kıdeme ulaşılmasına” ya da “işletmede belirli düzeyde bir kâr oranına ulaşılmasına” bağlı fiili uygulamalar, her ne kadar işçinin ücret alacağı üzerinde bir değişkenlik unsuru yaratmakta ise de, bu tür ifadelerin değişikliğin saklı tutulduğu kayıtlardan ziyade, objektif şartlara bağlanmış olan kayıtlar olarak değerlendirilmeleri daha uygun olacaktır. Nitekim öğretilerde işverenin ödemeyi belirli koşullara bağlı olarak yapması halinde, salt edimin bir koşula bağlanmış olmasının onu işyeri uygulaması olmaktan çıkarmaması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁰. Örneğin, işverenin belirli bir süre iş sözleşmesinin devam etmesi ya da işçinin veriminin, üretimin ya da satışın belirli bir limitin üstüne çıkması halinde işçiye ikramiye ödemesi durumunda, koşullar gerçekleştiği zaman işçinin ödemeyi talep hakkı doğmaktadır. Ancak elbette işveren ortaya çıkan ekonomik portrenin ikramiye ödenmesine elverişli olmadığını yani bir başka deyişle ikramiye ödemek için şartların oluşmadığını ispatlarsa ikramiye ödemekten kaçınılabilir¹²¹. Bu yönde benzer bir yorumun zam uygulamaları bakımından da benimsenebileceği kanaatindeyiz. Sonuç olarak görüşümüze göre, ücret zammı uygulaması ister belirli aralıklarla ister objektif şartın gerçekleşmesine bağlı olarak gerçekleşsin; bir çalışma koşulu olarak kabul edilmelidir. İşverenin çalışma koşulu haline gelen ücret zammını tek taraflı olarak uygulamaması ya da zam oranını düşürmesi ise mümkün olmadığından, değişiklik yapmak isteyen işverenin – bu işçi aleyhine bir esaslı değişiklik sayılacağından – İş Kanunu m.22’deki usule başvurması gerekmektedir.

c. Ücret Zammının Fiili Uygulamaya Dayanması Halinde Değişiklik Hakkının Saklı Tutulması

Çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz üzere, işyeri uygulamaları yazılı bir kaynağa dayanmamaktadır. Öte yandan işyeri uygulamasının işçinin aleyhine bir yükümlülük oluşturabilmesi de mümkün değildir, bir işyeri uygulamasının sadece işçi lehine olarak ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir¹²². Bu bakımdan işçinin lehine fiili davranışların tekrarı ile oluşan işyeri uygulamalarının, sözleşmenin zayıf tarafı aleyhine yazılı düzenlemeler için öngörülen genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması gibi bir durum ortaya çıkmamaktadır¹²³.

Dolayısıyla işyeri uygulamaları bakımından değişiklik hakkının saklı tutulması hakkının, genel işlem koşulları bakımından değil, özellikle İş Kanunu’nun 22. maddesi perspektifinden değerlendirilmesi gerekmektedir. İş Kanunu’nun 22. maddesinin, değişiklik yapılmasının saklı tutulmasını engellemediği yönündeki görüşümüze yukarıda yer verilmişti. Burada bir noktaya dikkat çekilmesinin de yararlı olacağı kanaatindeyiz. İşyeri uygulaması niteliği taşıyan bir ikramiyenin yazılı

120 Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 82. Buna karşılık öğretilerde, işverence sağlanan tek taraflı bir uygulamanın bir koşula bağlanması durumunda, yıllarca devam etse bile iş sözleşmesi haline gelmiş bir çalışma koşulundan bahsedilemeyeceği de ifade edilmiştir. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 272. *Ekmekçi*’ye göre ise sağlanan yararın veya miktarının, örneğin Şirketin ekonomik durumuna veya işçilerin liyakatine bağlı olarak belirlendiği, açık veya örtülü olarak tespit edilebiliyorsa, bu takdirde gerek verilmesi ve gerekse miktarı yönünden kesinleşmiş bir iş koşulundan söz etmek mümkün olmaz. *Ekmekçi* (n 27) 30.

121 *Ekmekçi* (n 27) 30.

122 Gaye Burcu Yıldız, ‘İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi’ iç Tankut Centel (ed) *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (On İki Levha 2016) 12.

123 Yıldız, ‘Genel İşlem Koşulları’ (n 122) 12.

bir kaynakta yer almaması durumu, bundan vazgeçmeye yönelik bir iradenin de mutlaka sözlü olarak ortaya konulabileceği anlamına gelmez. Aksine, işveren bu fiilî ödeme ile bağlı olmak istememe iradesini daha güçlü bir biçimde ortaya koyabilmek için, bu ödemeden vazgeçme/değiştirme hakkını yazılı olarak oluşturmuş ve örneğin işyeri yönetmeliğine bu yönde (yazılı olmayan işyeri uygulaması için) yazılı bir kayıt da koymuş olabilir. Böyle bir durumda genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi kapsamında dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde işçinin aleyhine olup olmadığının (işçinin durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının) değerlendirilmesi gerekir¹²⁴. Kanımızca işyeri uygulaması için dahi olsa, bu kayıt yazılı olduğunda yine Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin yürürlük, yorum ve içerik denetimine tabi tutulması gerekecektir.

Öğretide değişiklik kayıtlarının tip iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliğinde saklı tutulup tutulmayacağı konusunda bir görüş ayrılığı mevcut ise de, tespit edebildiğimiz kadarıyla işyeri uygulamaları söz konusu olduğunda değişiklik hakkının saklı tutulabileceği oybirliği içerisinde kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, işveren tarafından bir menfaat sağlanırken bundan vazgeçme hakkı saklı tutulmuşsa veya bu hakkın gelecek dönemde sağlanmayacağı açıkça belirtilmişse bu durumda bir işyeri uygulamasından söz etmenin doğru olmadığı, zira bu durumda işçilerde hakkın devam edeceği yönünde dürüstlük kuralı gereği haklı bir beklentinin oluştuğundan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir¹²⁵. Benzer şekilde, işveren ya da yönetim kurulu tarafından ücret zammının verilip verilmeyeceğinin değerlendirileceği belirtilmişse, yani objektif olarak bu davranışın bağlayıcı olmadığı iradesi ortaya koyulmuşsa¹²⁶ ve dürüstlük kuralı gereği işçide haklı bir beklenti oluşmadığı sonucuna varılıyorsa bu durumda işyeri uygulamasından söz etmek yerinde olmaz¹²⁷.

Şüphesiz, işverenin davranışları ile bir güven yaratılıp yaratılmadığının belirlenmesi çok önemlidir. Ancak işveren de, herkes gibi, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (MK m. 2). O halde, sözlü olarak ya da örtülü bir davranış ile bir hakkın saklı tutulduğuna yönelik bir iradenin mevcudiyeti halinde de, bunun dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiğinden şüphe duyulmaması gerekir.

SONUÇ

İş sözleşmesiyle kararlaştırılan ve işçinin emeğinin karşılığı olan ücretin, zaman içinde artan enflasyon karşısında işveren tarafından belirli dönemlerde arttırılması işçilerin önemli

124 Civan, *Genel İş Koşulları* (n 13) 76.

125 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 83; Süzek, *İş Hukuku* (n 9) 83; Soyer (n 16) 46; Kabakcı (n 16) 113.

126 Kabakcı (n 16) 114.

127 Öğretide yılbaşlarında yapılan ödeme konusundaki bir değerlendirmede; işverence vazgeçme hakkı saklı tutulmuşsa, tekrarlanan davranışın bağlayıcı olmadığı açıkça ifade edilmişse ya da her yıl bu ödemenin yapılıp yapılmayacağının değerlendirileceği, işveren ya da yönetim kurulu tarafından bunun takdir edileceği belirtilerek zımni olarak bu davranışın bağlayıcı olmadığı iradesi ortaya koyulmuş ise, iş şartı olarak korunmaya değer haklı güvenin oluşmadığının kabulünün gerektiği sonucuna ulaşılmıştır, bakınız. Kabakcı (n 16) 114. Yazara göre, işveren tarafından açık bir irade beyanı ortaya konulmamış olsa dahi, şayet somut olayın özelliklerine göre işverenin geri alma hakkını saklı tuttuğu objektif olarak tespit edilebiliyor ise, işçinin korunmaya değer bir güveninin bulunmadığı sonucuna varılması gerekir, bakınız Kabakcı (n 16) 114.

beklentilerindedir. Ayrıca, asgarî ücretin nisbî emrediciliği yani ücretin asgarî sınırının mevzuatla çizilmiş olması çerçevesinde, bu artırım, her asgarî ücret açıklandığı dönemde, özellikle asgarî ücret ya da bu ücrete yakın bir ücret alan işçi bakımından, kanunî bir hak; işveren bakımından ise bir yükümlülüktür. Çalışma konumuzun dışında kalan, toplu iş sözleşmesi taraflarının toplu iş sözleşmesiyle getirdiği ve emredici olarak uygulanması gereken zam hükümleri bir kenara bırakıldığında, iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri yönetmeliğinde işçi ücretine yapılacak zam konusunda açık bir hüküm varsa kuşkusuz işçi bu hükme dayanarak zam talebinde bulunabilecektir. Örneğin sözleşmede zam oranı, asgarî ücret artışına ya da enflasyon oranına endekslenmiş, zam dönemi altı ayda bir, yılda bir, her sezon başı vs. olarak tayin edilmiş olabilir. Bu halde, işçi bir çalışma koşulu haline gelen bu zammı sözleşmede yazan dönemler geldiğinde talep etme hakkına sahiptir.

Yazılı bir kaynağa dayanmayan, ancak fiilen devam eden ücret zammı uygulamaları konusunda ise konunun öğretilerinde ve yargı kararlarında tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Kanunda, iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinin eki niteliğinde olan işyeri yönetmeliklerinde ve benzeri kaynaklarda yer almayan bir hakkın, düzenli olarak tekrarlanması suretiyle işçide bu hakkın devam edeceği konusunda bir güven yaratılmışsa, artık işçide oluşturulan bu güvenin korunması ve işverenin sağladığı bu tek taraflı yararın işyeri uygulaması niteliği taşıyan bir çalışma koşulu haline geldiğinin kabulü gerekir. Bu bakımdan işyeri uygulamasının dayandığı asıl prensibin “dürüstlük kuralı” olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bir başka ifadeyle, işverenin davranışlarından hukuk kurallarına uygun bir çalışma koşulunun doğduğu ve bunun gelecekte de devam edeceği, dürüstlük kuralına uygun olarak çıkarılabiliyorsa, artık o uygulama bir işyeri uygulaması ve çalışma koşulu haline gelmiş demektir. Dikkat edilirse, irade beyanlarının yorumuna ilişkin genel kuraldan da yola çıkarak, burada önemli olan işverenin bunu gerçekten düşünmüş ve istemiş olması değil; işçide, sağlanan bu menfaatin gelecekte de devamlı olarak sağlanacağı yönünde oluşan haklı beklentidir. Bizim de katıldığımız öğretici görüşüne göre düzenli yapılan zam uygulamalarının işyeri uygulaması niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Öte yandan objektif sebeplere bağlı olarak ücrete zam yapılması halinde, artık burada da düzenli bir işyeri uygulaması oluştuğunu ve işverenin (eşit davranma borcunun da bir gereği olarak) bu zammı uygulaması gerektiği sonucuna varılabilir. Sonuç olarak, ister yazılı bir kaynakta kesin olarak düzenlenmiş ya da objektif şartla bağlanmış olsun, isterse belirli aralıklar ile yahut objektif şartın gerçekleşmesine bağlı olarak fiilen uygulansın; ücret zammının da çalışma koşulu olarak kabul edilmesi gerekir.

İşverenin çalışma koşulu haline gelen ücret zammını tek taraflı olarak uygulamaması ya da zam oranını düşürmesi ise mümkün değildir. Böyle bir değişikliği yapmak isteyen işveren – bu işçi aleyhine bir esaslı değişiklik sayılacağından – İş Kanunu’nun 22. maddesindeki usule göre değişiklik önerisini sunmalı ve işçinin yazılı onayını almalıdır.

Çalışma konumuz bakımından, işverenin zam yapmaktan vazgeçmek ya da zam yapılmasını kendisinin ya da yönetim kurulunun takdirine bırakmak gibi, zam konusunda değişiklik yapılabileceğine ilişkin bir hakkının bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Değişiklik hakkının saklı tutulması konusunda değerlendirmeler yapılırken de zam

uygulamasının yazılı bir kaynakta mı yer aldığı yoksa fiili bir biçimde mi uygulandığına göre bir ayırım yapılabilir. Hiç şüphesiz, yazılı kayıtlar bakımından, bu kaydın bir tip iş sözleşmesi ya da işyeri yönetmeliğinde yer alıp almadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulları ile ilgili yeni düzenlemeler kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesinde genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede değişiklik yapma kayıtlarının yazılmamış sayılacağına yönelik bir düzenleme yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu m.24'ün varlığı karşısında, değişiklik yapma hakkına ilişkin tartışmalar başka bir boyut daha kazanmıştır.

İşverenin zam yapmaktan vazgeçme hakkını saklı tuttuğuna yönelik bir kaydın geçerliliğinin değerlendirilmesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesine üstünlük tanınarak İş Kanunu'nun 22. maddesinin getiriliş amacının dışlanması yerinde olmayacaktır. Hiç kuşkusuz, İş Kanunu'nun 22. maddesinin amacı, –işçilerin korunması suretiyle– çalışma koşullarının değişen koşullara uyarlanabilmesinin de sağlanmasıdır.

Genel işlem koşullarında yer verilen, değişiklik hakkını saklı tutan kayıtların mutlak surette geçersiz sayılacağına kabulü yerine, somut durumun özelliklerini dikkate alarak, değişiklik kaydına ne şekilde ve hangi amaca binaen yer verildiğinin değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. İş Kanunu'nun 22. maddesinin ise sözünün yanında özünün de dikkate alınması gerekir: İş Kanunu m.22 sözüyle bir yasak getirmemiş, özünü taraflara bir hareket alanı bırakmıştır. Ancak öğretilerde de isabetle belirtildiği üzere bu tür kayıtların geçerliliği değerlendirilirken, belirli denetimlere tabi tutulmaları gerekir. Öte yandan genel işlem koşulu niteliği taşıyan taşınır taşınmazın, her hak gibi, değişiklik yapmayı saklı tutan bir hakkın da dürüstlük kuralına da uygun şekilde kullanılması gerektiği şüphesizdir.

Dolayısıyla zam uygulamasından vazgeçebilme hakkını saklı tutan ve bu durumu tamamen işverenin takdirine bırakan kayıtlar bakımından, bu kaydın ne şekilde kaleme alındığının ve meşru bir amaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Hiç şüphesiz İş Kanunu'nun 22. maddesi, mevcut haliyle sorunları çözmekte yetersiz olduğunu, pek çok tartışmaya zemin teşkil ettiğini zaman içerisinde göstermiştir. Nitekim özellikle işyeri uygulamaları ve değişiklik kayıtları konusunda yargı kararları incelendiğinde, bu konuda bir yeknesaklık sağlanamamış olması da bu konudaki düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini doğrular niteliktedir. Olması gereken hukuk açısından, değişiklik yapma hakkının sınırlarının, iş ilişkilerinin kendine özgü yapısı da dikkate alınarak kanunen belirlenmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

KAYNAKÇA

- Akdeniz AL, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık* (On İki Levha 2018).
- Alp M, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (Seçkin 2005).
- Alp M, 'İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi' (2006) (3) Sicil İş Hukuku Dergisi 37-53 (İçerik Denetimi).
- Alp M, 'İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri' (2009) 3 (21) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 13-36. (Tek Taraflı Ücret Değişikliği).
- Alp NS, 'İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkı Veren Genel İşlem Koşulu Niteliği Taşıyan Gönüllülük ve Geri Alma/Değişiklik Kayıtlarının Değerlendirilmesi' (2022) 30(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1705-1752.
- Alpagut G, 'İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri' (2004) 18 (5) Çimento İşveren Dergisi 52-62. (Yargıtayın Bir Kararının Düşündürdükleri).
- Alpagut G, 'İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı, Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları' (2006) 3(9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 49-64. (İş Kanunu'nun 22. Maddesi).
- Alpagut G, 'Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik' (2008) (65) Bankacılar Dergisi 89-110. (Esaslı Değişiklik).
- Alpagut G, 'İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' iç *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010* (Başbakanlık Basımevi 2012) 1-81.
- Akın L, 'İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı' (2013) 27(2) Çimento İşveren Dergisi 38-50.
- Aydın U, '4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)' (2007) (5) Sicil İş Hukuku Dergisi 57-68. (Değişiklik Kayıtları).
- Aydın U, 'Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi' (2011) (23) Sicil İş Hukuku Dergisi 22-36.(Değişiklik Feshi).
- Caniklioğlu N, 'İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik' (2010) (18) Sicil İş Hukuku Dergisi 104-113.
- Centel T, *İş Güvencesi* (2. Bası, Legal 2020).
- Civan OE, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015).
- Civan OE, 'Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi', (2016) 15 (1), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt 1) 781-824. (Değişiklik Kayıtları).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta 2023).
- Demircioğlu AM, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi' *İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan* (2011) 121-140.
- Doğan Yenisey K, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (Beta 2014).
- Doğan Yenisey K, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi' (2010) (26) Çalışma ve Toplum 93-115 (Çalışma Koşullarında Değişiklik).
- Ekmekçi Ö, 'Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' iç *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi* (2005) 11-57.

- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (5. Bası, On İki Levha 2023).
- Elbir N, 'İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı', Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt:1 (Beta 2011).
- Engin M, 'Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı' (2003) LXI (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 313-326.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin 2019).
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D, Baskan E, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020).
- Güzel A, 'Fabrikadan İnterete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme' Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan (TÜHİS 1997) 83-126.
- Güzel, A ve Ugan Çatalkaya D, 'İş Sözleşmesinin Uygulanması ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılmasında Dürüstlük Kuralının İşlevi Üzerine' (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 17-66.
- Güzel, A, 'İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi' Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi (Seçkin 2017) 539-578.
- Hepner H, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi* (Seçkin 2022).
- Kabakcı M, 'Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği' (2012) 27 Sicil İş Hukuku Dergisi 106-117.
- Keser H, 'İkramiye, Yemek ve Servis Gibi İşyeri Uygulamalarının Kaldırılıp, Bunlara İlişkin Tutarların İşçinin Ücretine Eklenmesinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceğine İlişkin Bir Değerlendirme' (2023) (49) Sicil İş Hukuku Dergisi, 78-97.
- Köme Akpulat A, 'Geçmişten Günümüze İş Hukukunda Bağımlılık İlkesinin Gelişimi' 7th International Conference on Forensic Science and Law (Ispen Journal 2023) 28-41.
- Kutlu Mutluer M, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri* (Yetkin 2022).
- Manav E, 'İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu' (2012) (25) Sicil İş Hukuku Dergisi 136-157.
- Mollamahmutoglu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. Bası, Lykeion 2022).
- Narmanlıoğlu Ü, 'İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?' (2006) (3) Sicil İş Hukuku Dergisi 9-19.
- Oğuzman MK, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1955).
- Özdemir E, 'İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar' (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31-44.
- Senyen Kaplan E T, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik' (2022) (158) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 341-388.
- Soyer P, *Genel İş Koşulları* (Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası Yayınları 1987).
- Süzek S, *İş Hukuku* (21. Bası, Beta 2021).
- Süzek S, 'Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi', (2016) 15 (1), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt 1) 459-472. (Tip İş Akitleri).
- Süzek S, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları' (2011) (24) Sicil İş Hukuku Dergisi 5-12. (Genel İş Koşulları).
- Şen M, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik* (Seçkin 2005).
- Tulukçu B, 'Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik' Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. 1 (Beta 2011) 1099-1141.
- Tuncay AC, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' iç Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011 (Başbakanlık Basımevi 2013) 1-98.

- Uşan F, 'Karar İncelemesi İşyeri Uygulaması – İşverenin Yönetim Hakkı – İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi – Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi – Bildirimli Fesih – İhbar ve Kıdem Tazminatı' (1999) 7 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391-406.
- Uşan F, '4857 sayılı İş Yasasının 22. maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Uygulamaları' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211-271.
- Yamakoğlu E, 'İş Hukukunda Ücret Zammı' (2017) (38) Sicil İş Hukuku Dergisi 87-111.
- Yıldız GB, *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar* (Yetkin 2014). (Sözleşmesel Kayıtlar).
- Yıldız GB, 'İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi' iç Tankut Centel (ed) *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (On İki Levha 2016) 9-45. (Genel İşlem Koşulları).

İptal Edilebilirlik Yapıtırımı: İslam Borçlar Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme

Annulability Sanction: An Analysis from the Perspective of Islamic Law of Obligations

Emrah GÖKMEN^{*} , Seda BAŞ^{**} 

ÖZ

Hükümsüzlük, hukuk düzeni tarafından konulan kurallara eksik veya tam riayetsizlik hallerinde hukukun kişinin eylemlerine istediği sonucu bağlamaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümsüzlüğe ilişkin kategoriler hukuk düzenleri içerisinde ele alınmış ve zamanla bunlar geliştirilerek kapsamı genişletilmiştir. İslam borçlar hukukunda hükümsüzlük kategorileri genel olarak butlan, fesat, mevkuf ve gayr-i lazim şeklindedir. Modern hükümsüzlük kategorilerinden biri olan iptal edilebilirlik, literatürde iptal teorisi ve geçersizlik teorisi olmak üzere iki açıdan ele alınmaktadır. İptal edilebilirlik yapıtırımı, İslam borçlar hukukundaki hükümsüzlük kategorileri göz önünde bulundurularak daha önce müstakil bir çalışmaya konu edilmemiştir. Bu çalışmanın hareket noktası bu olup çalışmada iptal edilebilirliğin kapsam ve sınırları belirginleştirildikten sonra İslam borçlar hukukundaki hükümsüzlük kategorileri ana hatları ile sunulmuştur. Son bölümde çalışmanın ana eksenini olan söz konusu karşılaştırmaya ve buna ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Konunun somutlaştırılması adına irade bozukluğu halleri ve aşırı yararlanma özelinde değerlendirmeler yapılmıştır. Bu bağlamda, iptal teorisi ile gayr-i lazımın, geçersizlik teorisi ile fesadın benzer düşüncelerle oluşturulmuş hukuki kurumlar olduğu düşünülmektedir. İslam borçlar hukukunda hata ve ikrah hallerinde fesat dolayısıyla geçersizlik teorisi, hile ve gabin hallerinde ise gayr-i lazım dolayısıyla iptal teorisinin hâkim olduğu kanaatine varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam borçlar hukuku, Hükümsüzlük, İptal edilebilirlik, İptal teorisi, Geçersizlik teorisi.

ABSTRACT

Annulability is the failure of the law to bind the desired result to the actions of the person in cases of incomplete or complete non-compliance with the rules established by the legal order. The categories related to invalidity have been handled within the legal orders, and their scope has been expanded over time. In the Islamic law of obligations, the categories of invalidity are generally *butlan*, *fasad*, *mawquf*, and *ghayru lazim*. Annulability, one of the modern categories of invalidity, is discussed in the literature from two perspectives: the theory of annulment and the theory of invalidity. The sanction of annulability has not been the subject of an independent study before, considering the categories of nullity in Islamic law of obligations. This is the starting point of this study, and after clarifying the scope and limits of rescindability, the categories of nullity in the Islamic law of obligations are presented in outline. In the last section, the main axis of the study, the aforementioned comparison and the related evaluations are given. In order to concretize the subject, evaluations have been made in the cases of defective intention of will and lesion. In this context, it is considered that the theories of annulment and *ghayru lazim*, and the theories of invalidity and *fasad* are legal institutions created with similar ideas. In the Islamic law of obligations, it is concluded that the theory of *fasad* due to falsity is dominant in cases of error and coercion, and the theory of *ghayru lazim* due to illegitimate necessity is dominant in cases of fraud and lesion.

Keywords: Islamic Law of Obligations, Invalidity, Annulability, Annulment theory, Invalidity theory.

* Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, emrah.gokmen@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5470-2716.

** Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, seda.bas@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5382-2663.

GİRİŞ

Hukuk düzenleri öngördüğü şekilde yapılmayan hukuki işlemler bakımından hükümsüzlük yoluyla medeni yaptırım öngörür. Bu yaptırım, kanunda öngörülen hukuki sonuçlardan bir şekilde mahrum bırakılmadığıdır. Hükümsüzlük teorileri borçlar hukukunun girift ve karmaşık konularının başında gelir. Öyle ki bunların sınırlarını çizmek ve açıklamak görüldüğü kadar basit değildir. Bir de İslam borçlar hukukundaki hükümsüzlük teorilerinin günümüz hukukundaki hükümsüzlük teorileri ile birlikte karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi söz konusu olduğunda iş daha da zorlaşmaktadır. Tüm bu zorlukları bilerek; fakat bu zorlukların hakkını da teslim ederek bu çalışmaya başladık.

Modern hükümsüzlük teorisi içerisinde iptal edilebilirlik, hukuki işlemin belirli nedenlere dayalı olarak geçersiz kılınabilmesini ifade eder. Kişiler, korkutma, aldatma, yanılma gibi irade bozukluğu etkisi altında kurdukları hukuki işlemi iptal etme hakkına sahiptirler. Bu çalışmanın temel konusu, İslam borçlar hukukunda iptal edilebilirlik yaptırımının olup olmadığı sorusundan hareketle, İslam borçlar hukukundaki hükümsüzlük teorisini modern hükümsüzlük teorisi ile mukayeseli olarak incelemektir. İslam borçlar hukuku bakımından klasik doktrinde Hanefi mezhebi esas alınmıştır. Çalışma, “İslam borçlar hukukunda iptal edilebilirlik yaptırımı var mıdır?” sorusundan doğmuş, fakat bununla sınırlı kalmamıştır. Nitekim bu konuda Türk hukuk literatüründe de bir boşluk olduğu tespit edilmiştir. Literatürdeki çalışmalar, hükümsüzlük türlerini açıklamakla yetinmiş, modern hükümsüzlük teorisi ile İslam hukukundaki hükümsüzlük teorisi arasında bir mukayese yapmamıştır. İşte bu çalışma, literatürdeki bu boşluğu doldurmayı hedeflemektedir.

GENEL OLARAK İPTAL EDİLEBİLİRLİK YAPTIRIMI

A. KAVRAM VE HÜKÜMSÜZLÜK TEORİSİ İÇERİSİNDEKİ YERİ

İptal edilebilirlik; sözleşmenin kuruluşunda mevcut olan bir sakatlığın, hukuki işlemin etkilerini kendiliğinden ortadan kaldırmadığı; ancak sadece bir tarafa yenilik doğuran bir beyanla bu işlemi geçersiz kılma yetkisi verdiği, kesin hükümsüz olmayan ve geçersizlik ileri sürülmedikçe geçerliliğini koruyan hukuki işlemin hükümsüzlük teorisi içerisindeki niteliği olarak tanımlanabilir¹. Kesin hükümsüzlükle yakın ilişkisinden dolayı² öğretiler iptal edilebilirliğin çoğunlukla, “*bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarından özel, bireysel menfaatleri korumaya yönelik olanları ihtiva etmemesi durumunda, korunması amaçlanan tarafın tek taraflı irade beyanıyla hukuki işlemi geçersiz kılabilmesi*” olarak da tanımlandığı görülmektedir³.

1 Seda Baş, *Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yaptırımı* (Yetkin Yayınları 2022) 20.

2 Savigny hukuki işlemlerin sakatlığı söz konusu olduğunda kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olmak üzere iki farklı geçersizlik ortaya çıkabileceğini, bu iki kavram arasında ise bir karşıtlık ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir. Bu hususta bkz Friedrich Carl von Savigny, *System des Heutiges Römischen Rechts IV* (1841) 537.

3 M Kemal Oğuzman ve M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2023) 124; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (16. Baskı, Filiz Kitabevi 2021) 227; Rona Serozan, B İlkay Engin and Yeşim M Atamer, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) 388, 389; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (46. Bası, Yetkin Yayıncılık 2021) 33-34; Haluk N Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayınları 2021) 74; İbrahim Gül, *İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik* (Yetkin Yayınları 2020) 37-38; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Turhan Kitabevi 2021) 133.

İptal edilebilirliğin hükümsüzlük teorisi içerisindeki yerini açıklayabilmek için bu yaptırımın niteliği üzerinde durmak gerekir. İptal edilebilirlik, geçersiz kılınma imkan ve olasılığı mevcut olan hukuki işlemler bakımından söz konusudur⁴. İptal edilebilir işlemin hukuki niteliğini açıklamak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵. Konumuz bakımından sahip olduğu önemden dolayı burada özellikle askıda hükümsüzlük ve geçici geçerlilik görüşleri üzerinde durulacaktır.

İptal edilebilir işlemi başlangıçtan itibaren geçersiz kabul ederek iptalle örtülü hükümsüzlüğün açığa çıktığını savunan görüşe göre, iptal edilebilirlik bir tür “askıda hükümsüzlüktür”⁶. İptal edilebilirliğin niteliğini açıklamak üzere ileri sürülen bu görüş, şu gerekçelerle kanaatimizce isabetli değildir: Askıda hükümsüzlük, hukuki işlemin kurucu unsurları mevcut olmasına rağmen bazı nedenlerle hükümlerini doğurmayıp bir askı durumunda olmasını ifade eder⁷. Buradaki “askı” durumu, hükümsüzlük bakımından söz konusudur ve tamamlayıcı bir olgunun eksikliğine dayanır. Bu duruma küçüklerin yapmış oldukları borçlandırıcı işlemlerin velileri tarafından onaylanana dek askıda hükümsüz olması örnek gösterilebilir. Söz konusu örnekte tamamlayıcı olgu, velinin onamıdır. Velinin onamıyla işlemdeki askı durumu geçerlilik lehine sona erer. Aksine veli bu işleme onam vermezse, geçersizlik lehine sona eren bir askı durumu söz konusu olacaktır. Ancak iptal edilebilir hukuki işlemler bakımından askıda olan, hükümsüzlük değil; “geçerlilik”⁸. Askıda geçerlilik, iptal edilebilir hukuki işlemin geçerliliğini ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır⁹. Nitekim, aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere, iptal edilebilir hukuki işlemler iptal beyanı ileri sürülene dek geçerlidir. Öğretide askıda hükümsüzlüğü, iradesi sakatlanan kişinin iptal beyanında bulunarak var olan sakatlığı tam ve kesin bir hükümsüzlüğe dönüştürmesi nedeniyle askıda geçerlilik kavramının karşısı olarak kullanan yazarlar da vardır¹⁰.

İptal edilebilirliğin geçici bir geçerlilik olduğu görüşü¹¹ ise şu gerekçelerle eleştirilebilir¹²: İptal edilebilir hukuki işlemler iptal anına kadar geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğururlar. Burada bir geçerlilik varsayımı söz konusu değildir; aksine daha sonra iptal beyanıyla ortadan kaldırılabilen “fiili bir geçerlilik” mevcuttur. İptal edilebilir hukuki işlemlerde iptal anına kadar söz konusu olan geçerliliği, adeta varsayımsal bir geçerlilik olarak kabul eden bu görüşün kabulü çözülemeyen

4 İptal edilebilirlik, bugünkü kullanım şekliyle ilk defa Savigny tarafından “*anfechtbarkeit*” terimiyle ifade edilmiştir. Kelimedeki “-bar” eki hukuki işlemin geçersiz kılınma imkân ve olasılığına işaret etmektedir. Bu hususta bkz, Quirin Lieven, *Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgeschäft nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches* (Leipzig 1909) 26; Baş (n 1) 17.

5 Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Baş (n 1) 21 vd.

6 Friedrich Endemann, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erster Teil, Einleitung und Allgemeiner Teil* (Carl Denmanns Verlag 1987) 320; Johannes Biermann, *Bürgerliches Recht, Band I* (1908) 172.

7 Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 213; Dural ve Sarı (n 3) 229; Öztan (n 3) 34; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 399.

8 İptal edilebilirliğin askıda geçersizlikten farklı olduğu yönünde bkz Gül (n 3) 63.

9 Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Auflage, Schulthess Verl 2019) 174, N 564; Eren (n 7) 399.

10 Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm* (15. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 173.

11 Paul Oertman, *Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB* (3. Auflage, 1927) 506; Ludwig Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd 1* (3. Auflage, 1908) 273.

12 Max Zauderer, *Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften* (Marburg 1931) 26; Lieven (n 4) 29.

çelişkileri de beraberinde getirebilir. Bu sebeple geçici geçerlilik görüşü iptal edilebilirliğin hukuki niteliğini açıklamaya elverişli bir görüş değildir.

B. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA İPTAL EDİLEBİLİRLİK

1. Türk Borçlar Kanunu'nda İptal Edilebilirlik Yaptırımının Düzenlenişi

Türk Borçlar Kanunu'nda iptal edilebilirlik, kesin hükümsüzlüğün düzenlendiği 27. madde hükmünde olduğu gibi, açıkça düzenlenmemiştir. TBK'ya göre aşırı yararlanma ve irade bozuklukları hukuki işlemin iptaline neden olmaktadır¹³. Aşırı yararlanmanın düzenlendiği m. 28 hükmünde zarar görenin, yanılmayı düzenleyen m. 30'da esaslı yanılmaya düşen tarafın, aldatma ve korkutmaya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı m. 36 ve 37'de aldatılan ve korkutulan tarafın "sözleşmeyle bağlı olmadığı" ifade edilmektedir. Hükümsüzlük teorisi içerisinde sözleşmeyle bağlı olmama gibi bir yaptırım söz konusu olmadığından bu kavramın anlamının tespit edilmesi gerekir.

İsviçre öğretisinde "sözleşmeyle bağlı olmama" şeklinde ifade edilen yaptırımın "tek taraflı bağlamazlık" olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Bu kavram çeşitli yönlerden eleştirilmekle birlikte, tek taraflılığın, sözleşmenin bağlayıcıyla ilgili bir kavram olmadığını belirtmek gerekir. Tek taraflılık, sözleşmeyi iptal etmeye yetkili olan taraf bakımındandır¹⁵. Dolayısıyla iptal edilebilir bir sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmeyle bağlıdır; ancak bu sözleşmenin iptalini her iki taraf isteyemez. Kanun koyucu sözleşmeyi iptal etme yetkisini sadece aşırı yararlanma nedeniyle zarar görene, esaslı yanılmayan düşen, aldatılan ve korkutulan tarafa tanımıştır. Bu sebeple son zamanlarda "sözleşmeyle bağlı olmamanın" "tek taraflı iptal edilebilirlik" olduğu sıklıkla dile getirilmektedir¹⁶. Güven teorisi açısından bir değerlendirme yapıldığında da "tek taraflı bağlamazlık, iptal edilebilirlik olarak" yorumlanmalıdır¹⁷.

İptal hakkı kullanılan dek geçen sürede iptal edilebilir sözleşmenin hukuki durumu tartışmalıdır. Bu hususta Türk-İsviçre hukuk doktrininde geçersizlik, bölünmüş geçersizlik ve iptal olmak üzere üç teori ileri sürülmektedir. Konumuzu yakından ilgilendirmeleri nedeniyle geçersizlik ve iptal teorileri üzerinde durmak faydalı olacaktır. Geçersizlik (düzelebilir hükümsüzlük) teorisine göre, sözleşme her iki taraf bakımından başlangıçtan itibaren geçersizdir. Geçersizliğin süresi içinde ileri sürülmemesi

13 TBK'nın özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmında da iptal edilebilirlik yaptırımının öngörüldüğü çeşitli hükümler vardır. TBK m. 281, TBK m. 286/II ve TBK m. 615/I bu hükümlerdendir. Bu hususta bkz Baş (n 1) 54 vd.

14 Peter Gauch ve diğerleri, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I* (9. Auflage, Schulthess Verlag 2008) 188, N 888; Theo Guhl ve diğerleri, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (8. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1991) 134; Ahmet Kut, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) 175.

15 Guhl ve diğerleri (n 14) 134; Kut (n 14) 175.

16 Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Schulthess Verlag 1988) 211; Ernst A. Kramer, *Der Irrtum beim Vertragsschluss* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1998) 121, N 96.

17 Hermann Becker, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2. Auflage, Stämpfli Verlag 1945) 127, 128, N 11; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Stämpfli Verlag 2009) 251, N 12; Eren (n 7) 472; Kılıçoğlu (n 3) 133.

ya da sözleşmenin onanmasıyla sözleşme, geçmişe etkili bir biçimde geçerlilik kazanır¹⁸. Bu teoriye göre sözleşmenin geçerliliği, geciktirici şarta bağlıdır. İptal (bozulabilir geçerlilik) teorisine göre ise sözleşme başlangıçta her iki taraf bakımından da geçerlidir. Ancak iptal beyanının ileri sürülmesiyle birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar¹⁹. Bu sebeple sözleşmenin geçerliliği, bozucu şarta bağlıdır.

TBK'nın hangi teoriyi benimsediği tartışmalıdır. TBK'nin irade bozuklukları için düzelebilir hükümsüzlük, aşırı yararlanma bakımından bozulabilir geçerlilik teorisini benimsediği azımsanmayacak bir çoğunluk tarafından ileri sürülmektedir²⁰. Ancak bizim de katıldığımız Eren'e göre bu şekilde ikili bir ayırım kabul edilmemeli ve TBK'nın benimsediği teorinin iptal teorisi olduğu önemle ifade edilmelidir²¹.

2. İptal Edilebilir Hukuki İşlemlerin Özellikleri

İptal edilebilir bir hukuki işlem başlangıçtan itibaren her iki taraf açısından geçerli olduğundan bu işlemin ortadan kaldırılması, iradesi sakatlanan ya da aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören tarafın iptal hakkını kullanmasına bağlıdır. Bir başka ifadeyle iptal hakkı sahibi, geçersizlik yönündeki iradesini açıklamalıdır. Geçersizlik, "iptal beyanı" adı verilen bir irade beyanıyla açıklanır²². Aile hukuku ve miras hukukundaki iptal edilebilirlik bir yana bırakılacak olursa, TBK'da irade bozuklukları ve aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin ortadan kaldırılması için bu beyan yeterlidir, ayrıca dava açmaya gerek yoktur²³. İptal beyanı, varması gerekli, tek taraflı bir irade beyanıdır. Hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğuran bir hak olan iptal, şarta bağlanamaz ve kural olarak geri alınamaz.

Kanun koyucu, sözleşmeyi iptal yetkisini sözleşmenin her iki tarafına vermemiştir. Dolayısıyla sözleşmenin iptali, her iki tarafça istenemez; sadece iradesi sakatlanan ya da aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören taraf sözleşmeyi iptal edebilir²⁴. İptal hakkının kullanılması, hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Diğer yandan kanun koyucu, iptal hakkının kullanılmasını hak düşürücü süreye bağlayarak bu konuda iptal hakkı sahibinin sınırsız bir serbestiye sahip olmadığını öngörmüştür. TBK m. 39'da yer alan düzenlemeye göre; iradesi yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle sakatlanan kimse, yanılma ve aldatmayı öğrendiği ve korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde iptal hakkını kullanmalıdır. TBK m. 28/II'de ise, aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören tarafa iptal hakkını kullanabileceği bir ve beş yıllık süreler öngörülmüştür.

18 Bucher (n 16) 210; Gauch ve diğerleri (n 14) 188, N 890; Guhl ve diğerleri (n 14) 135; Kut (n 14) 175; Huguenin (n 9) 174, N 565.

19 Bucher (n 16) 210; Gauch ve diğerleri (n 14) 189, N 896; Guhl ve diğerleri (n 14) 135; Kut (n 14) 175; Huguenin (n 9) 175, N 566.

20 Oğuzman ve Öz (n 3) 187. Bu görüşler hakkında bkz, Baş (n 1) 78-80. Aşırı yararlanma bakımından ayrıca bkz Ayşe Karaca Öz, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali' (2023) 11(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1406, 1419.

21 Eren (n 7) 399; Baş (n 1) 80. Aksi yönde bkz Antalya (n 7) 206.

22 Oğuzman ve Öz (n 3) 124; Baş (n 1) 110.

23 Oğuzman ve Öz (n 3) 125.

24 Oğuzman ve Öz (n 3) 124; Antalya (n 7) 389, 402, 410, 424; Baş (n 1) 163.

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜK KATEGORİLERİ

GENEL OLARAK

İslam hukukunda hükümsüzlük kategorilerinin, günümüz Türk hukukundan farklı olarak, esas itibariyle İslam hukuk usulü (usul-i fıkıh) içerisinde “Hüküm” bahislerinde ele alındığı görülmektedir. Bu durum, İslam hukukunun dünyevi hükümler ile birlikte uhrevi hükümleri de ihtiva eden çifte karakterli yapısıyla yakından ilgilidir. Bununla birlikte hükümsüzlük kategorilerinin detayları fûru-ı fıkıhta²⁵ ele alınmıştır. İslam hukukunun ilahi menşeli yapısından kaynaklı olarak, insan fiillerine bağlanan hükümlerin kaynağı Şâri'dir. Şâri', insan fiillerine – bu fiillerin şer'an gerekli kurucu unsur (rükün) ve şartları taşıyıp taşıyamalarına göre – dünyevi ve uhrevi olmak üzere çeşitli hükümler bağlamıştır. Mükellefin bu unsur ve şartlara uyup uymamasına göre Şâri', hukuki işlemin geçerliliğine veya geçersizliğine hükmeder²⁶.

İslam hukuk usulünde hüküm, mükelleflerin fiillerine gereklilik (iktiza), serbestlik (tahyir) ve vaz' edilme yollarından biri ile ilişkilendirilen ilahi hitabın eseri olarak tanımlanır²⁷. Hüküm, teklifi hüküm ve vaz'î hüküm olarak ikiye ayrılır. Teklifi hüküm, mükellefin fiillerine gereklilik ve serbestlik yollarıyla ilişkilendirilen hitabın eseridir²⁸. Teklifi hüküm de mükellefin fiilin eseri ve mükellefin fiilin sıfatı olmak üzere ikiye ayrılır. Mükellefin fiilin sıfatı da dünyevi amacın öncelikli olduğu hükümler ve uhrevi amacın öncelikli olduğu hükümlerden oluşur²⁹. Dünyevi amaç, dünyada gerçekleşen, sonuçlarını dünyada meydana getiren amaçtır. Uhrevi amaç da ahirette gerçekleşen, sonuçlarını ahirette meydana getiren amaçtır³⁰. Bir sözleşmenin sahih-fasit-batıl olarak nitelendirilmesi dünyevi amacın, sahih ibadete karşılık verilecek sevap ise uhrevi amacın örneğidir. Görüldüğü üzere, İslam hukukunun çifte karakterli yapısı gereği insan fiilleri (efal-i mükellefin) hem dünya hem ahiret açısından bir hükme tâbidir. Çalışma konumuz bağlamında bizim üzerinde duracağımız kısım, inikat, sıhhat, nefaz ve lüzum olmak üzere dünyevi amaca yönelik olan insan fiillerinin hükümleri, daha doğru ifadesiyle bu fiillerin hükümsüzlükleridir.

Hükümsüzlük taraflarca istenen hukuki işlemin geçersiz, etkisiz bırakılmasıdır³¹. Eş deyişle hükümsüzlük, hukuka aykırı fiil nedeniyle tarafların istediği sonuçlardan mahrum kalmalarıdır³². Hükümsüzlük, tazminat ile birlikte hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak eski hale iadeyi (*restitutio in integrum*) sağlayan bir hukuki yaptırımdır. Hükümsüzlük, kişileri değil, doğrudan hukuki işlemi

25 Fıkıh temel olarak usul-i fıkıh ve fûru-ı fıkıh olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Usul-i fıkıh kabaca metodolojiye, fûru-ı fıkıh da hükümlere ilişkin alt disiplinlerdir.

26 Abdülvehhâb Hallâf, *İlmu Usûl-i Fıkıh* (Mektebetü'r-Rüşd 2011) 218.

27 Mahmud Esad Seydişehri, *Telhis-i Usûl-i Fıkıh* (M Nikolayidi Matbaası 1918) 438.

28 ibid.

29 ibid 439.

30 H Yunus Apaydın, *İslam Hukuk Usulü* (6. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları 2018) 137.

31 Serozan, Engin and Atamer (n 3) 28.

32 İbrahim Paçacı, 'İslâm Hukukunda Medenî Müeyyideler' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1998) 15.

hedef aldığından, ilk bakışta onun bir yaptırım olduğu kolay bir şekilde algılanmaz³³. Bu nedenle bunun yaptırımlar içerisindeki yerinin kısaca izah edilmesi gerekir.

Hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kişiler irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde aralarında serbest bir şekilde hukuki işlemlerde bulunma hakkına sahiptir. Hukuk düzeninin sürdürülebilirliğini temin etmek üzere çizilen sınırlara uyulmaması kimi yaptırımları ortaya çıkarabilir. Yaptırımlar, kamu düzenini ihlal eder nitelikte ise “cezaî”, bu ölçüye varmayan bireyler arası özel hukuk işlemlerine yönelmiş ise “hukuki” şekilde olabilir. Tarafların, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kalarak yaptığı hukuki işlemler geçerlidir (sahih) ve taraflar, bu hukuki işlemle arzu ettikleri sonuçlara ulaşırlar. Hukuki yaptırımlar, taraflar arasındaki hukuki işlemlerde hukuk düzeni tarafından konulmuş sınırlara uyulmaması halinde devreye girerler.

Serozan’ın benzetmesiyle, “hekim için tanı konacak hastalığı bulmak ne denli önemli ise, hâkim için tanı konacak hükümsüzlüğü bulmak o denli önemlidir.”³⁴ Bu nedenle derecelendirilmiş bir şekilde, en ağırından en hafifine doğru hükümsüzlük kategorileri verilerek bunların ayırt edici yönlerinin ön planda tutulması önem arz eder. Hukuki işlem, hukuk düzeninin koyduğu sınırlara esaslı aykırılık içeriyorsa “butlan”, ikincil noktalara aykırılık içeriyorsa “fesat” müeyyidesine tabi tutulur. Hukuki işlemin üçüncü bir kişinin haklarını ihlal etmesi durumunda bu kişinin haklarını koruyucu tedbirler alınarak hukuki işleme “işlerlik kazanmama” müeyyidesi uygulanır. Hukuki işlem, taraflar arasındaki dengeyi ihlal edici niteliğe büründüyse ilgili tarafa hukuki işlemi fesih hakkı tanınarak hukuki işleme “bağlayıcı olmama” müeyyidesi uygulanır³⁵.

HUKUKİ VARLIK KAZANMASI AÇISINDAN: MÜNAKİT – GAYR-İ MÜNAKİT (BATIL)

İnikat, genelde hukuki işlemlerin, özelde de sözleşmelerin kurulmasını ifade eden bir terimdir³⁶. Hukuki işlemin kurucu unsurlarının tümünün varlığı halinde böyle bir hukuki işlemin hukuk aleminde varlık kazandığından bahsedilir. Kurucu unsurlardan birinin eksikliği halinde ise ilgili hukuki işlemin kurulmadığı, hukuk aleminde varlık kazanmadığını ifade etmek üzere “gayr-i münakit” ifadesi kullanılır ki, daha yaygın ifadesiyle bunun için “butlan ile malul bir hukuki işlem” denir. Butlan, hukuki işlem özgürlüğü sınırlarının aşılmasına yönelik öngörölmüş en ağır müeyyidededir³⁷.

Butlan, sözlükte “boşa gitme, heder ve heba olma” gibi anlamlara gelir. *Mecelle*’nin 110’uncu maddesinde batıl sözleşme, “aslen sahih olmayan bey’dır”³⁸ şeklindedir. Örneğin Müslümanın

33 Serozan, Engin and Atamer (n 3) 28.

34 ibid.

35 H Yunus Apaydın, ‘İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989) 94.

36 H Yunus Apaydın, ‘İnikat’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2000) 314.

37 Paçacı (n 31) 160.

38 Aslen sahih olmayan (satım) sözleşme(s)i dir.

Müslümana şarap ve domuz satışı, bunlar İslam hukuku açısından mal statüsünde olmadıklarından (gayr-i mütekavvim), batıldır. Yine irade beyanları uyuşmuyor ise sözleşme batıldır.

Batıl hukuki işlemler, şeklen mevcut olmakla birlikte, hukuken yoktur. Bu nedenle, batıl hukuki işlemler kural olarak herhangi bir hukuki sonuç doğurmazlar. Zaten hüküm, mevcut olan hukuki işlemlere özgüdür³⁹. “Butlan” denildiğinde İslam hukukundaki ile Türk hukukundaki yaptırım türü olması itibariyle aynı şeyler gibi anlaşılabilir⁴⁰. Ancak Türk hukukunda yokluk ve butlan iki ayrı hükümsüzlük türüdür. Butlan da kendi içerisinde mutlak butlan ve nisbi butlan olan ikiye ayrılır. İslam hukukundaki butlan, inikat şartları olmadığı, hukuk düzeninde hiçbir varlık kazanamadığı için Türk hukukundaki “yokluğa” denk gelebilir. İşte bu nedenle İslam hukukundaki butlan, Türk hukukundaki butlandan farklıdır. Türk hukukundaki mutlak butlanda ise hukuki işlem doğmuş ama geçersiz; yani ölü doğmuştur. Yokluğun tespiti istenemezken, mutlak butlanın tespiti istenebilmektedir.

Batıl hukuki işlem, başlangıçtan itibaren geçersiz olduğundan, sonradan gösterilecek bir rıza ile bu geçersizlik hali ortadan kaldırılamaz⁴¹. Nitekim butlan, ölü doğmuş bir çocuğa benzetilebilir. Nasıl ki ölü doğmuş bir çocuk diriltilemezse batıl bir sözleşme de icazet vermekle veya ifa yoluyla diriltilemez⁴². Yapılabilecek tek şey butlan sebebi ortadan kaldırılarak sözleşmenin yeniden yapılmasıdır.

İslam hukukçuları belli durumlarda sözleşmenin yalnızca bir kısmının batıl olup kalan kısmının geçerli sayılabilmesini (butlanın bölünmesi) kural olarak kabul etmişlerdir. Batıl hukuki işlemler kendiliğinden hükümsüz olduğu için ayıca dava açmaya gerek olmayıp butlan hali herkesçe ileri sürülebilir. Mahkeme de bunu re’sen dikkate alır⁴³. Dolayısıyla kısmi butlan (yokluk) anlayışının İslam hukukunda bulunduğu söylenebilir.

GEÇERLİLİK AÇISINDAN: SAHİH-FASİT

Sihhat, sözlükte “sağlam ve sağlıklı olmak, hastalıktan kurtulup iyileşmek” anlamlarındadır. Terminolojide sihhat, bir hukuki işlemin unsurları (rükün) ile temel gerekliliklerini (şart) taşıması dolayısıyla geçerli olmasıdır⁴⁴. Sahih sözleşme *Mecelle*’nin 108’inci maddesinde “zaten ve vasfen meşru” olarak tanımlanmıştır. Kısaca bir hukuki işlemin sahihliği, asıl ve vasif itibariyle gerekli unsurları taşımasıyla olur. Bu da o hukuki işlemin kurucu unsurları ve ikincil unsurlarını taşıması demektir. Ancak sahih bir hukuki işlem ile taraflar, hedefledikleri sonuçlara ulaşabilir⁴⁵.

39 Abdürrezzâk Ahmed Senhûrî, *Mesâdirü’l-Hak Fi’l-Fıkhi’l-İslâmî* (el-Lecnetü’l-Beyân 1957) 142; Abdülkerim Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş* (Ali Şafak tr, 13. Baskı, Kayhan Yayınları 2020) 491.

40 Paçacı (n 31) 160-161.

41 Ali Bardakoğlu, ‘Butlân’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1992) 476-477.

42 Abdurrahman Savaş, ‘İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006) 20–21.

43 Bardakoğlu (n 39) 478.

44 H Yunus Apaydın, ‘Sihhat’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2009) 110; Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkıh)* (İbrahim Kâfi Dönmez tr, 35. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları 2020) 355.

45 Şâban (n 42) 355; Zeydân (n 37) 491.

Fesat, “bir şeyin önce düzgün, düzenli ve yararlı iken sonradan bu vasıflarını kaybederek değişmesi ve bozulması” anlamındadır⁴⁶. İslam hukukçularının çoğunluğu bakımından hukuki işlem ya sahih ya batıldır. Yani onlar için fesat ile butlan eş anlamlıdır⁴⁷. Ebû Hanîfe ise sıhhat ile butlan arasında üçüncü bir kategori ileri sürmüştür⁴⁸. Ona göre bir hukuki işlem, kurucu unsurlarının varlığıyla beraber hukuk aleminde doğmuştur (münakit). Ancak bu hukuki işlemin vasfı itibariyle eksiklikleri bulunmaktadır. Dolayısıyla “aslî itibariyle meşru, vasfı itibariyle gayrimeşru”⁴⁹ olarak nitelendirilen bu hukuki işlemler bir ara kategoride yer alır ki, bunların vasfı fasit olmalarıdır. Bu kanaat, hukuki işlemin, “ya var ya yok” denkleminde hapsedilmeyerek vasıflarındaki eksiklik veya eksiklikler giderildiğinde ayakta tutulabilmesini ve toplumsal hayatın istikrarlı bir şekilde sürdürülebilmesini sağlaması bakımından oldukça önemlidir.

Hukuki işlemlerin fesadına yol açan garar (belirsizlik) ve cehalet (bilinmezlik), ikrah, fasit şart, faiz gibi çeşitli sebepler bulunmaktadır⁵⁰. Akdin konusu ile ilgili belirsizlik garar, bilinmezlik ise cehalettir⁵¹. İkrahin hukuki işlemi fasit mi, yoksa mevkuf mu kıldığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Ebû Hanîfe ikrahin hukuki işlemi fasit kıldığı görüşünderken, Züfer ise mevkuf kıldığını düşünmektedir⁵². İkrahin örnek olarak detaylı incelemesi çalışmamızın ilerleyen kısmında yapılacak olup şimdilik oraya atıfla yetinilmektedir. Fasit şart; tek taraflı fayda sağlayan, yasak bir şeyi içeren, hukuki işlemin içerik ve gayesine veya teamüle aykırı şarttır⁵³. Faiz ödenmesi şartını içeren sözleşme bunun örneğidir.

Buraya kadar olan kısımda fasit hukuki işlemin fesada sebep olan eksikliğin giderilmesiyle birlikte sahih hale geleceği ifade edilmişti. Ancak fesat sebebi giderilemez nitelikte ise veya taraflar fesat halini gidermek için gerekli girişimlerde bulunmamışsa fasit hukuki işlemin hukuk alemindeki varlığının (münakit) bertaraf edilmesi taraflar için bir zorunluluktur (vacip)⁵⁴. Bu zorunluluk, “fesadın, hukuk düzeninin gereklerine aykırılık taşıması ve bu aykırılığın giderilmesinin yolunun sözleşmenin ortadan kaldırılması ile gerçekleştirilebileceği temeline dayanmaktadır.”⁵⁵ Tarafların fasit bir hukuki işlemi rızaları ile geçerli hale getirmeleri mümkün değildir. Taraflardan biri tek taraflı irade beyanıyla bu hukuki işlemi feshedebileceği gibi (fesih hakkı), mahkeme de fark etmesi halinde re’sen hukuki işlemi fesheder. Taraflardan birinin ölümü halinde fesih hakkı, vârislere intikal eder⁵⁶.

46 H Yunus Apaydın, ‘Fesad’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1995) 417.

47 ibid.

48 Apaydın, *İslam Hukuk Usulü* (n 29) 160.

49 Hukuki işlemin aslı ile onun temel unsurları ve kuruluş şartları; vasfı ile de genellikle konusuna ilişkin durumlar kastedilir. Örneğin sözleşmenin tarafları, irade beyanı sözleşmenin aslı ile ilgiliyken, sözleşme konusunun tesliminde taraflardan biri için zarar varsa, sözleşme garar, fâsid şart veya faiz içeriyorsa bu durum sözleşmenin vasfıyla ilgilidir. Apaydın, ‘Fesad’ (n 44) 417.

50 Senhûri (n 37) 137.

51 İbrahim Kâfi Dönmez, ‘Garar’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1996) 366.

52 Apaydın, ‘Fesad’ (n 44) 420.

53 ibid.

54 Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü* (Abdulkadir Şener tr, 14. Baskı, Fecr Yayınları 2021) 67.

55 Savaş (n 40) 25.

56 Apaydın, ‘Fesad’ (n 44) 420.

Sahih sözleşmede mülkiyet, sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçer. Fasit sözleşmede mülkiyet kabzdan⁵⁷ önce alıcıya geçmezken, kabzdan sonra fasit sözleşme mülkiyeti nakleder. Çünkü fasit sözleşme de olsa tarafların sözleşmeyi ifası sözleşmenin devamına yönelik örtülü iradelerini yansıttığından, bu davranış sözleşmeyi kısmen güçlendirmiş olur⁵⁸. Bununla birlikte sözleşmenin fasit olması sebebiyle bunda başkasının hakkı vardır; bu nedenle sözleşme konusunu kabzedenden taraf sözleşme feshedilince kıymeti ile onu tazmin eder⁵⁹.

YÜRÜRLÜK KAZANMASI AÇISINDAN: NAFİZ – GAYR-İ NAFİZ (MEVKUF⁶⁰)

Nafiz sözleşmede üçüncü bir kişinin hakkı bulunmamaktadır; dolayısıyla kimsenin izin veya icazetine bağlı değildir. Nafiz sözleşmelerde tam ehliyetli ve yetkili kimse hukuki işlemi gerçekleştirir. Sonuç itibarıyla nafiz bir hukuki işlemde sözleşme kurulduğu gibi sözleşmenin hükümleri derhal yürürlük kazanır⁶¹. *Mecelle*'nin 113'üncü maddesinde de nafiz sözleşme "Gayrin hakkı taalluk etmeyen"⁶² sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Mevkuf, sözlükte "durdurulmuş, askıya alınmış" anlamındadır⁶³. Mevkuf hukuki işlemler, ehliyet veya yetki eksikliği ile üçüncü kişilerin haklarının dahil olduğu hallerde gündeme gelir⁶⁴. Örneğin mümeyyiz küçüğün satım sözleşmesi ehliyet eksikliği sebebiyle, yetkisiz temsilcinin (fuzuli) tasarrufları yetki eksikliği sebebiyle ve son olarak rehin bırakılmış malın üçüncü bir kişiye satımı üçüncü kişinin hakkının varlığı sebebiyle mevkuftur. Mevkuf hukuki işlemler, kurulmuş (münakit) ve geçerli (sahih) olmalarına rağmen bir engel sebebiyle yürürlük kazanamamıştır. Bu hukuki işlem, ilgili kişinin izin veya icazeti olmaksızın yürürlük kazanamaz. Bu gibi hallerde ilgili kişinin rızasını beyan etmesi gerekir. Rıza açıklanıncaya değin hukuki işlem askıda hükümsüzdür (mekvuf)⁶⁵. Rıza açıklaması olumlu olursa hukuki işlem yürürlük kazanırken, rıza açıklaması olumsuz ise hukuki işlem batıldır⁶⁶.

57 'Bir hukuki işleme dayalı olarak işlemin konusu olan malın hak sahibi tarafından teslim alınmasını ifade eden fıkıh terimi.' Kabz, mülkiyeti teslimle gerçekleşen sözleşmelerde mülkiyeti geçirici işlev görmesinin yanı sıra, teslimine kadar olan süreçteki hasar sorumluluğu ile teslimden sonraki tazminat sorumluluğunun kapsamında belirleyicidir. Kabz hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz H Yunus Apaydın, 'Kabz' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2001) 45–49.

58 Savaş (n 40) 26; Zeydân (n 37) 492.

59 Ebû Zehra (n 54) 67.

60 Hükümsüzlük üzerine doktora tez çalışması yapan Apaydın, askı halinin İslam hukukunun klasik doktrininde hükümsüzlük kategorileri arasında yer almayışını, 'her derecedeki hükümsüzlük hallerini içine alabilecek bir üst kavramın bulunmayışı ve bir de batıl ve fasit terimlerinin kelime yapılarında bulunan menfi anlamın, mevkuf sözcüğünde bulunmayışı' ile açıklamaktadır. Bkz Apaydın, 'İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü' (n 34) 91.

61 Zeydân (n 37) 494.

62 Başkasının hakkını ilgilendirmeyen.

63 H Yunus Apaydın, 'Mevkuf' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2004) 438.

64 H Yunus Apaydın, 'İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)' (1989) 7 Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 177, 180.

65 M Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (19. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2022) 384.

66 Apaydın, *İslam Hukuk Usulü* (n 29) 160.

BAĞLAYICILIK AÇISINDAN: LAZIM – GAYR-İ LAZIM

Lüzum, sözlükte “ayrılmamak, sabit olmak, devam etmek, gerekli olmak” gibi anlamlara gelir. Bir hukuki işlem ile hedeflenen gayelerin tam manasıyla ortaya çıkabilmesi için bu hukuki işlemin sahih ve nafiz olarak kurulmuş (münakit) olmasından sonra, “lazım” olması da gerekir. *Mecelle*’nin 114’üncü maddesinde lazım sözleşme, “hıyârâttan ârî olan bey’-i nafiz”⁶⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

Tarafların her ikisini de bağlayan, tek taraflı irade beyanı ile feshedilemeyen hukuki işlemler lazım, böyle olmayıp da feshe elverişli olan hukuki işlemler ise gayr-i lazımdır⁶⁸. *Mecelle*’nin 115’inci maddesinde gayr-i lazım sözleşme, “kendisinde hıyârâttan birisi bulunan bey’-i nafizdir.”⁶⁹ şeklinde tanımlanmıştır. Örneğin satım sözleşmesi her iki taraf için de bağlayıcıdır (lazım). Ancak satım sözleşmesine muhayerlik⁷⁰ (seçim hakkı) konulması halinde bu sözleşme, muhayerlik hakkı bulunan tarafça tek taraflı irade beyanı ileri sürülerek feshedilebilir durumdadır; eş deyişle, gayr-i lazımdır⁷¹. Yine tabiatı itibariyle feshedilebilir olan vedia ve ariyet sözleşmelerinde her iki taraf bakımından; rehin sözleşmesinde lehine rehin verilen (mürtehin) ve kefalet sözleşmesinde lehine kefil olunan (mekfulün leh) kişiler bakımından da sözleşme bağlayıcı değildir (gayr-i lazım)⁷². Bir hukuki işlemin bağlayıcı (lazım) olması, o hukuki işlemde beklenen sonucun gerçekleşmesini temin eder⁷³.

İSLAM BORÇLAR HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN İPTAL EDİLEBİLİRLİK YAPTIRIMI

GENEL OLARAK

Çalışmamızın ilk iki bölümünde bu bölüme hazırlık mahiyetinde önce iptal edilebilirlik yaptırımı, sonra İslam borçlar hukukundaki hükümsüzlük kategorileri ana hatları ile tanıtılmıştır. Bu bölümde anılan bölümlerdeki bilgilere dayalı olarak çeşitli değerlendirmelere yer verilecektir. Daha önce de ifade edildiği üzere, Türk hukukunda tek bir iptalin söz konusu olduğunu kabul etmekte ve bu görüşlerden iptal teorisini benimsemekteyiz. Ancak iptal edilebilirliğin niteliğini açıklayan görüşlerden düzelebilir hükümsüzlük azımsanmayacak bir çoğunluk tarafından savunulmaktadır. Bu sebeple burada bu ikili ayrımı dikkate alarak bir değerlendirme yapma ihtiyacı hasıl olmuştur.

67 Muhayerliklerin bulunmadığı nafiz (satım) sözleşme(si).

68 Senhûri (n 37) 140.

69 Kendisine muhayerliklerden biri bulunan nafiz (satım) sözleşme(si)dir.

70 ‘Özellikle satım sözleşmesinde taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onama yahut feshetme hakkına sahip olması, dolayısıyla ilgili taraf açısından akdin bağlayıcı olmaktan çıkması anlamındaki fıkah terimi.’ Şart muhayerliği, görme muhayerliği gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Muhayerlik hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. H Yunus Apaydın, ‘Muhayerlik’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2020) 25–30.

71 Lüzum hakkında daha detaylı bilgi için ayrıca bkz H Yunus Apaydın, ‘Lüzum’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2003) 260–262.

72 Senhûri (n 37) 141; Zeydân (n 37) 495.

73 Hadî Ensâr Ceylan, ‘İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 53, 187.

Kanaatimizce genel olarak İslam borçlar hukukunda düzelebilir hükümsüzlük, fesat iken; bozulabilir geçerlilik, gayr-i lazıma tekabül eder.

İPTAL TEORİSİ AÇISINDAN: GAYR-İ LAZIM

İptal hakkı olan tarafça iptal hakkı kullanılarak sözleşme tek taraflı biçimde sona erdirilebilir. Gayri lazım bir sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş ve yürürlükteki bir sözleşmedir. Bu bakımdan günümüz hukukundaki iptal edilebilirliği karşılamaktadır. Zira iptal edilebilir nitelikteki sözleşme de iptal teorisine göre sözleşme iptal hakkı bulunan tarafça iptal hakkı kullanılarak ortadan kaldırılıncaya değin geçerlidir. İslam borçlar hukuku bakımından da gayr-i lazım bir sözleşme iptal hakkı bulunan tarafça ileri sürülen tek taraflı irade beyanı ile feshedilerek ortadan kaldırılabilir; iptal hakkı bulunan taraf bakımından sözleşme bağlayıcı değildir. Öyleyse günümüz hukukundaki iptal teorisi ile İslam borçlar hukukundaki gayri lazım arasında bir benzerlik vardır. İslam hukukunun modern doktrininde Senhûrî'nin “Batı hukukundaki iptal edilebilirlik İslam hukukundaki gayr-i lazıma denk gelir” diyerek işaret ettiği husus bu olsa gerektir⁷⁴. Yine doktrinde Türk hukukundaki çözüm (iptal edilebilirlik) ile gayri lazımlık arasında bir paralellik kurulmuştur⁷⁵.

GEÇERSİZLİK TEORİSİ AÇISINDAN: FESAT

Günümüz hukukunda iptal edilebilirliği düzelebilir hükümsüzlük (geçersizlik teorisi) teorisiyle açıklayan başka bir görüş daha vardır. Bu görüşe göre sözleşme, baştan itibaren hükümsüzdür; iptal hakkı kullanılmazsa veya sözleşme onanırsa sözleşme geçerli hale gelmektedir. Bu görüş, İslam borçlar hukukundaki fesat teorisi ile paralellik arz etmektedir. Çünkü fesat, sıhhat şartı eksikliği sebebiyle sözleşmenin kurulması; fakat geçersiz olmasıdır. Fasit sözleşmeler sıhhat şartındaki eksiklik giderilerek geçerli hale getirilebildiklerinden, bu tür bir hükümsüzlük hali için “düzelebilir hükümsüzlük” nitelendirilmesi yapılabilir. Bu açıklamalar mevkuflu akla getirebilir. Bir sonraki başlıkta da inceleneceği üzere mevkuflu yani askıda hükümsüzlük iptal edilebilirlikten farklıdır. Çünkü mevkufta bir tamamlayıcı olgunun eksikliği söz konusudur. Fesatta ise hukuki işlemin geçerliliği geciktirici bir şarta bağlıdır; ancak taraflar sıhhat şartına ilişkin eksikliği giderirlerse sözleşme geçerli hale gelir.

İslam hukukunun modern doktrininde, iptal edilebilirlik yaptırımı ile fesat teorisi arasında benzerlik kurulmuştur⁷⁶. Nitekim fesatta, bir yandan hukuki işlemdeki eksikliği gidermek suretiyle onu yaşatma, diğer yandan eksiklik sebebiyle hukuki işlemi hükümsüzleştirme imkanı bulunmaktadır. İptal edilebilirlikte de benzer bir durum vardır. Ancak Apaydın'ın metninde “bazı temel farklılıklara rağmen” bu benzerlik ilişkisi kurulmuştur. Bununla birlikte yazarın bu temel farklılıkların ne olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama getirmediği görülür. Bu farklılıklarla neyin kastedildiği üzerinde durularak meselenin somutlaştırılması gerekmektedir.

74 Abdürrezzâk Ahmed Senhuri, *Mesadirü'l-hak fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. (Camiatü'd-Devli'l-Arabiyye t.y.) 294.

75 Savaş (n 40) 26.

76 Apaydın, ‘İslam Hukukunda Mevkuflu Akitler (Bağlı Akit Teorisi)’ (n 61) 179.

İslam borçlar hukukunda bir hukuki işlemin kurulması ve geçerli olması birbirinden ayrılarak incelenmiştir. Türk borçlar hukukunda ise sözleşmenin geçerli olup olmadığı meselesi, ancak kurulmuş sözleşmeler bakımından tartışılabilir. Bu farklılığa dayalı olarak İslam borçlar hukukunda fesat halinde sözleşme kuruluş şartlarını taşıdığı için kurulmuş, hukuki varlık kazanmıştır. Burada bizi asıl ilgilendiren unsur olarak irade şeklen de olsa mevcuttur. Ancak iradenin içeriğine bakıldığında Hanefi doktrindeki rıza-ihthiyar ayırımına da dayalı olarak kişi ilgili eylemi gerçekleştirmiş olmakla birlikte bu yönde bir rızası yoktur. Bu da sıhhat şartıyla ilgili olup sıhhat şartındaki eksiklik sözleşmenin fesadına yol açmaktadır. Kişinin ihtiyarı bulunup da rızası bulunmadığında sözleşme kurulmuş fakat geçerli değildir. Bu durum Türk hukukundaki butlana benzemektedir. Ancak butlandan, sonradan eksikliğin giderilerek geçerli hale getirilebilmesi yönüyle de ayrılmaktadır.

İPTAL EDİLEBİLİRLİĞİN MEVKUF OLDUĞU GÖRÜŞÜNE DAİR

Doktrinde azınlıktaki bir görüş iptal edilebilirliğin mevkuf olduğunu düşünmektedir. Bu başlık altında bu görüşün niçin benimsenemeyeceği gerekçeleri ile birlikte açıklanacaktır. Ancak öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki; iptal edilebilirliğin hukuki niteliğine ilişkin günümüz hukuk doktrininde dile getirilen askıda hükümsüzlük görüşü temellerini İslam borçlar hukukundaki mevkuf görüşünde bulmaktadır⁷⁷. İşte bu gözle de bakıldığında bu başlık aynı zamanda hukuk düşüncesinin benzer meselelerde benzer sonuçlara vardığı gerçeğini ortaya koymaktadır.

İptal edilebilirliğin mevkuf olduğu görüşü klasik doktrinde İmam Züfer tarafından ikrah konusu özelinde dillendirilmiştir⁷⁸. Modern doktrinde Senhûrî de İslam hukukundaki mevkufun, Batı hukukundaki iptal edilebilirlik yaptırımına denk geldiğini belirtmektedir⁷⁹.

Mevkuf düşüncesi, sözleşmede bir hakkı bulunan ilgili kişinin icazetine değin sözleşmenin askıda hükümsüz olması, bu icazet gelmemesi halinde de sözleşmenin batıl olmasını ifade eder. Dolayısıyla mevkuf, iptal edilebilirliğin niteliğini açıklayan görüşler bağlamında irdelendiğinde, ilgili tarafın beyanına kadar (burada bu beyan icazet olarak görünmekte) sözleşme (askıda) hükümsüz olduğundan ve beyanla birlikte yürürlük kazandığından, düzelebilir hükümsüzlük görüşünü akla getirmektedir. Ancak bu cümleyi kurarken koymuş olduğumuz kayıtlardan ve ifadeleri seçmedeki özen derecemizden anlaşılmaktadır ki mevkuf, iptal edilebilirlik yaptırımının doğası ile tam olarak örtüşen bir yaptırım türü değildir. Modern hükümsüzlük teorisinde de iptal edilebilirlik, askıda hükümsüzlükten farklıdır.

Mevkuf daha ziyade bir kimsenin hakkını ilgilendiren bir durum sebebiyle onun icazetine kadar askıda hükümsüzlük halini ifade eder ve iptal edilebilirlikteki kurumlara, söz gelimi iptal hakkı kurumuna yabancıdır. Zaten mevkuf, sözleşmenin yürürlük kazanıp kazanmaması ile ilgili olup

77 İlgili görüş için bkz. Bu metin, I, A.

78 Savaş'ın tezindeki bu kısımda İmam Züfer'in ikrahın yaptırımı konusundaki görüşünün gayri lazım olduğu belirtilmişse de doğrusu mevkuftur. Savaş (n 40) 26.

79 Yazarın, "iptal edilebilirlik ile kastettiği şey acaba farklı mıdır?" diye sorguladığımızda, aynı şeyden bahsettiğimiz kanaati hasıl olmuştur. Nitekim devam eden sayfada kendisinin iptal edilebilirliği "icazet verilmeyerek geçersiz sayılmadıkça geçerli olan şey" olarak tanımladığı görülmektedir.

iptal edilebilirlikteki gibi sözleşmenin geçerliliği ile doğrudan bağlantılı değildir. Mevkufluk örneğin mümeyyiz küçüğün yaptığı işlemlerde karşımıza çıkmakta ve velisi ilgili işleme icazet verinceye kadar işlem askıda hükümsüz kalmaktadır. Öte yandan bir kimsenin örneğin iradesi sakatlandığında karşımıza çıkan iptal edilebilirlik yaptırımı iradesi sakatlanan tarafa tanıdığı iptal hakkı ile sözleşmeyi ortadan kaldırabilme imkanını tanımakta, bu yönüyle de sözleşmeye yürürlük kazandıran mevkuftan farklı bir yapı arz etmektedir.

Yukarıda sayılan tüm bu gerekçelere dayalı olarak İslam borçlar hukukundaki mevkufluk yaptırımının iptal edilebilirlik teorilerinden düzelebilir hükümsüzlük ile zorlama bir biçimde ve şeklen bir benzerliği kurulabilirse de bu kurumun temel düşüncesi, kapsama alanı ve temel kavramları dikkate alındığında, iptal edilebilirlik ile bağdaşmadığı görülmektedir. İslam borçlar hukukundaki mevkufluğun günümüz hukukundaki askıda hükümsüz olduğunu ifade etmek gerekir.

İRDE BOZUKLUĞU HALLERİ ÜZERİNDEN KONUYA BİR BAKIŞ

Teorik açıklamalar ile konu buraya kadar ele alınmıştır. Burada İslam borçlar hukuku ile günümüz hukukunda, iptal edilebilirlik yaptırımının öngörüldüğü irade bozukluğu halleri ve aşırı yararlanma üzerindeki farklılıklar ana hatları ile ortaya konulmaya çalışılacaktır. Belirtilmelidir ki buradaki açıklamalar yalnızca bu amacı ortaya çıkaracak ölçüde olup her biri hakkında detaylı bilgi için literatürdeki ilgili kaynaklara başvurulması önerilmektedir. Bu sebeple konu, özellikle İslam borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilecektir. Konunun böyle somutlaştırılması amaçlanmıştır.

Yanılma (Hata)

Yanılma, kısaca kişinin istemediği bir fiili gerçekleştirmesidir.⁸⁰ Yanılmada kişinin zihninden geçen ile fiilen gerçekleşen durum arasında bir uyumsuzluk söz konusudur.

Yanılmada sözleşmenin durumunun ne olacağı hususu Hanefi mezhebinin ilk hukukçularının ele aldığı bir mesele değildir. Sonraki dönem Hanefi mezhebi hukukçularından bazıları bu konuyu korkutmaya kıyasla açıklarken, bazıları da “hezl” denilen beyana (latife) benzetip ondan daha ileri bir seviye olarak değerlendirmişlerdir. Yanılmayı latife beyanına benzeterek uygulayan görüşe göre sözleşme kurulmaz. Öyleyse yanılmanın sözleşmeye etkisi, bu iki yaklaşımdan ilkinde göre fesat, ikincisine göre butlan olmaktadır.

Kanaatimizce yanılma halinde yanılmayı bir derecelendirmeye tabi tutarak buna göre sözleşmeye etkisini değerlendirmek daha isabetlidir. Bu bakımdan yanılmanın “esaslı” nitelikte olup olmadığının ilk planda incelenmesi gerekir. Yanılan taraf, esaslı bir yanılmaya düşmüş ise bu, onun bu sözleşmeyle hiçbir şekilde bağlı kalmak istememesi iradesine de dolaylı olarak işaret edeceğinden, sözleşmenin hiç kurulmadığı yani gayr-i münakit olduğu söylenebilir. Öte yandan yanılan tarafın yanılması esaslı değilse, söz gelimi taraflar aynı şey üzerinde anlaşmış fakat onu farklı isimler ile anmaktaysa böyle

80 H Yunus Apaydın, ‘Hata’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1997) 437-438.

bir yanılma (*error in nomine*) sözleşmenin kurulmasını engellememelidir. Böyle bir sözleşmenin kurulmuş (münakit) ancak fasit olduğundan söz etmek daha yerinde gözükmektedir.

Sonuç itibarıyla İslam borçlar hukuku bakımından yanılma, esaslı nitelikteyse sözleşme batıl, esaslı nitelikte değilse sözleşme fasittir. İslam borçlar hukukunda yanılma, hükümsüzlük teorisi çerçevesinde ele alındığında, iptal edilebilirlik yaptırımını açıklayan görüşlerden geçersizlik teorisine yaklaşmaktadır.

Aldatma (Hile)

İslam hukukunun klasik doktrinde “tağrır” olarak ifade edilen hile, “*bir kimseyi istenen yönde bir irade beyanında bulundurmamak için onda yanlış bir kanaat uyandırarak veya mevcut bulunan hatalı fikrin devamını sağlayarak yanıltmayı*” ifade etmektedir.⁸¹

Hilenin sözleşmeye etkisi bakımından onu sözleşmenin taraflarından birinin yapması ile üçüncü kişinin yapması arasında genel olarak bir fark yoktur. Üçüncü kişi, sözleşmenin lehine hile yapılan tarafın bilgisi dahilinde veya onun bilebileceği şekilde hile yapacak olursa bu hile de sözleşmeye etki eder.⁸²

İslam hukuk doktrinde baskın kanaat hilenin, hileye maruz kalan tarafa sözleşmeyi feshetme muhayyerliği vereceği yönündedir.⁸³ Nitekim bunun için tarafların şart koşmasına gerek duyulmaksızın sözleşmenin gereği (akdin muktezası) olarak ayıp muhayyerliğine benzeyen “hiyanet muhayyerliği” ortaya çıkmıştır. Hiyanet muhayyerliğinin, sözleşmelerde aldatmaya yönelik teamüllerin vereceği zararı ortadan kaldırma ihtiyacına yönelik olduğu belirtilebilir.⁸⁴ Aldatılma muhayyerliği sözleşmenin lüzum şartıyla ilgilidir.⁸⁵ Örneğin tağrır, maldaki ayıbın söylenmemesi yani ayıbın gizlenmesi şeklinde olursa alıcının ayıp muhayyerliği kapsamında sözleşmeyi feshetme yetkisi vardır.⁸⁶ Dolayısıyla hile hallerinde sözleşme bağlayıcı nitelikte değildir (gayr-i لازم); aldatılan taraf sözleşmeyi muhayyerlik hakkına dayalı olarak tek taraflı irade beyanı ile feshedebilmektedir. İslam borçlar hukukunda aldatma, hükümsüzlük teorisi çerçevesinde ele alındığında, iptal edilebilirlik yaptırımını açıklayan görüşlerden iptal teorisine benzemektedir.

81 Saffet Köse, ‘Hile’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1998) 28.

82 ibid 29.

83 Ebu'l-Abbâs Ahmed b Muhammed b ‘Ali İbn Hacer el-Heytemî İbn Hacer el-Heytemî, *Tuḥfetu'l-Muhtâc Fi Şerhi'l-Minhâc* C. IV (el-Mektebetu't-Ticâriyye 1983) 351; Zeynuddin b İbrahim b Muhammed el-Mısrî İbn Nuceym, *El-Eşbâh ve'n-Nezâir Alâ Mezhebi Ebi Hanîfe En-Nu'mân* (Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 1999) 292; Alâ'uddin Muhammed b ‘Ali b Muhammed el-Ḥaşkefi ed-Dimeşkî Alâ'uddin el-Ḥaşkefi, *Ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsâr ve Câmi'i'l-Bihâr* (y.y. 2002) 401; Köse (n 78) 29.

84 Ebu'l-Hasen ‘Ali b Ebûbekr el-Ferğânî el-Merğînânî, *El-Hidâye Fi Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî*, C. III (Dâru İhyâ'î't-Turâsî'l-'Arabî t.y.) 29; Sümeýra Merve Eren, ‘İslam Borçlar Hukukunda Örfün Muhayyerliklere Etkisi’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023) 43.

85 Hasan Şahin, ‘Akidlerde Muhayyerlik Teorisi’ (Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) 73.

86 H Mehmet Günay, ‘Tağrır’ (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2010) 376.

Korkutma (İkrah)

İslam borçlar hukukunda korkutma (ikrah), bir kimseyi, tehdit ve korkutma ile hukuken yapmakla yükümlü olmadığı bir sözü söylemeye veya bir işi yapmaya haksız olarak (bi gayr-i hakkın) zorlamaktır. İslam hukukçuları ve özellikle de Hanefiler, ikrahı kendi içerisinde kuvvet derecesine ve hukuki işlemlere etkilerine göre “ikrah-ı mülcî” ve “ikrah-ı gayr-i mülcî” olarak ikiye ayırmaktadırlar.

İslam hukukunda ikrahın hukuki işlemlere etkisi, rızanın sözleşmelerdeki konumuna bağlı olarak Hanefiler ve diğer mezhep hukukçularının çoğunluğu (cumhur) tarafından farklı bir yaklaşımla ele alınmıştır. Zira Hanefilere göre rıza akdin sıhhat şartı iken, cumhura göre akdin rüknüdür.

Hanefilerden Züfer, Mâlikilerin çoğunluğu ve Hanbelîlerin bir kısmı ikrah etkisiyle kurulan bir hukuki işlemin mevkuf olduğu görüşündedirler. Onlara göre hukuki işlem, başlangıçta sahih olarak meydana gelmiş ancak yürürlüğü korkutulanın icazetine bağlı tutulduğu için akdi mevkuf hale getirmiştir. Başka bir ifade ile, ikrahın sona ermesinden sonra icazetin kabul edilmesi, mevkuf olmanın bir delili olup ikraha rağmen sözleşme fasit değil, sahih mevkuftur; icazetle birlikte yürürlük (nefaz) kazanır. Günümüz doktrininde Ahmed ez-Zerkâ ve Mesut Bayar bu görüşü paylaşmaktadırlar.⁸⁷

Kanaatimizce Ebû Hanîfe'nin fesat görüşü, Hanefî mezhebinin sözleşme teorisinde rızanın bir sıhhat şartı olarak görülmesi ve buna bağlanan sonuç açılarından bakıldığında daha tutarlı gözükmektedir. Bu durum *Mecelle*'nin 55'inci maddesinde, “iptidaen tecviz olunmayan şey, bekaen tecviz olunabilir”⁸⁸ şeklinde düzenlenmiştir. Bir sıhhat şartı olan rıza, ikrah sebebiyle ortadan kaldırdığı için buradaki hukuki işlem başlangıçta fasit olsa da korkutulanın onay vermek suretiyle sözleşmedeki rızaya ilişkin eksikliği tamamlaması geciktirici şartının yerine getirilmesi ile birlikte geçerli hale gelmektedir. Ayrıca ikraha dayalı fesat hali, diğer fesat hallerinden ayrı tutulmuştur. Diğer fesat halleri şer'i hukuka aykırılık gerekçesine dayandığından, bu hallerde tarafların akdi onaylama hakkı bulunmazken, ikrah sebebine dayalı fesat halinde ihlal edilen hak korkutulan kişinin hakkı olduğundan korkutulan, akdi feshetme veya akde icazet verme hakkını kullanabilmektedir.

Azınlık tarafından savunulan mevkuf görüşü, askıda olma hali ile teorik benzerlik kurulmasından ileri gelmiş gözükmektedir. Mesele daha detaylı bir incelemeye tabi tutulduğunda ve özellikle günümüz hukuk anlayışındaki mevkuf ve askıda hükümsüzlük yaptırımları bir arada değerlendirildiğinde, iptal edilebilirlik yaptırımının karşılığının öncelikle ve büyük oranda fasit yaptırımında aranması gerektiği söylenebilir.

AŞIRI YARARLANMA (GABİN) ÜZERİNDEN KONUYA BİR BAKIŞ

İslam borçlar hukukunda gabin “genelde iki taraflı akidlerde karşılıklar arasındaki, özeldense satım akdinde satılan şeyle fiyatı arasındaki değer yönünden farklılık ve denksizliği” anlatır.⁸⁹ Eş deyişle

87 Muhammed Kadri Paşa, *Murşidu'l-Hayrân İlâ Ma'rifeti Ahvâlil-İnsân* (2. Baskı, Bülâk 1891) 33.

88 Başlangıç itibarıyla caiz kılınamayan bir şey sonuç itibarıyla caiz kılınabilir.

89 Ali Bardakoğlu, 'Gabn' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1996) 268.

gabin “bir malı değerinin altında bir bedelle satma veya değerinden fazla bir bedelle satın alma ve bu şekilde aldanma”dır.⁹⁰

Gabinin hangi durumlarda sözleşmeyi etkileyeceği konusu İslam borçlar hukuku doktrininde tartışılmıştır. Bu tartışmaların sonucunda gabinin öncelikle ikili ayrımla incelendiği görülmektedir. Buna göre gabin, “gabn-i fahiş” ve “gabn-i yesir” kısımlarından oluşmaktadır. Gabn-i fahişte aşırı ve belirgin bir aldanma, gabn-i yesirde basit ve önemsiz aldanma söz konusudur. Çoğunluk gabin karşı tarafın hile ve aldatması sonucunda kasıtlı bir şekilde meydana gelmişse bunun gabine maruz kalan tarafa muhayyerlik tanınacağı sonucuna varmıştır.⁹¹ Böylelikle gabinin sözleşme etkisi gayr-i lazımlık olarak karşımıza çıkmaktadır; gabin sebebiyle tanınan muhayyerliğe dayalı olarak gabine maruz kalan taraf sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile feshedebilmektedir.⁹² Gabinin de özünde genellikle aldatma unsurunun bulunması onun aldatma ile benzer yaptırımlara bağlanmasında belirleyici olsa gerektir. Aralarındaki benzerlik hükümde de benzerliği getirmiştir denebilir. İslam borçlar hukukunda gabin (gabn-i fahiş), hükümsüzlük teorisi çerçevesinde ele alındığında, iptal edilebilirlik yaptırımını açıklayan görüşlerden iptal teorisiyle ilgilidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde meseleyi somutlaştırmak amacıyla şöyle bir tablo gösterilebilir:

	İslam Borçlar Hukukunda	İptal Edilebilirlik Yaptırımı
Yanılma (Hata)	Fesat	Geçersizlik teorisi
Aldatma (Hile)	Gayr-i lazımlık	İptal teorisi
Korkutma (İkrah)	Fesat	Geçersizlik teorisi
Aşırı Yararlanma (Gabin)	Gayr-i lazımlık	İptal teorisi

SONUÇ

Çalışmamızda iptal edilebilirlik yaptırımı İslam borçlar hukukundaki hükümsüzlük kategorileri üzerinden incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda bazı tespitlere ve sonuçlara varılmıştır. İslam borçlar hukukunda bir hukuki işlemin hükümsüzlüğü “butlan”, “fesat”, “mevkuf” ve “gayr-i lazımlık” olmak üzere dört türde ele alınmaktadır. Bunlardan butlan, günümüz hukukundaki butlan ile karıştırılmamalıdır. Zira İslam borçlar hukukundaki butlan, hukuki varlık kazanamamış hukuki işlemi ifade ettiğinden, günümüz hukukundaki yokluk ile büyük ölçüde örtüşür; günümüz hukukundaki butlan ile bu bakımdan ilgisi çok zayıftır. İslam borçlar hukukundaki mevkuf, günümüz hukukundaki askıda hükümsüzlük haline paraleldir. Mevküflük, geçerli bir şekilde kurulmuş bir hukuki işlemin birinin hakkını ilgilendirmesi sebebiyle onun icazetine kadar askıda kalmasını ifade etmekte olup, bu bakımdan günümüz hukukundaki iptal edilebilirliğin öngörüldüğü haller ile alakasının olmadığı görülür. Günümüz hukukunda askıda hükümsüzlük de İslam borçlar hukukundaki mevkuf gibi yine başkasının icazetine kadar askıda kalan hukuki işlemler için kullanılmaktadır. Öyleyse iptal edilebilirlik ile mevküflük arasında her ne kadar doktrinde birkaç görüş

90 ibid.

91 Azınlıkta da olsa sözleşmenin fâsid olacağı görüşü doktrinde vardır. Örnek olarak bkz. Muḥammed Ḳadri Paşa (n 84) 33.

92 Ebû Muḥamamed ‘Abdullâh b Aḥmed b Muḥammed b Ḳudâme el-Cemâ’îlî İbn Ḳudâme el-Maḳdisî, *El-Muḡnî*, C. VI (Alemlü’l-Kutub 1997) 36; Zeynuddîn b İbrâhîm b Muḥammed el-Mıṣrî İbn Nuceym, *El-Eşbâh ve’n-Nezâir Alâ Meḏhebi Ebi Ḥanîfe En-Nu’mân* (Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye 1999) 189.

tarafından savunulsa ve aralarında bir benzerlik ilişkisi kurulsa dahi özü ve yeri bakımından bir bağlantı olmadığı kanaatine ulaşmış bulunuyoruz.

Gayr-i lazım sözleşmeler taraflardan biri veya ikisi tarafından sözleşmenin feshedilebilir olmasıdır. İptal teorisi, iptal hakkı bulunan tarafa sözleşmeyi tek taraflı beyan ile iptal edebilme imkanı tanıdığı gibi, gayr-i lazım sözleşme kapsamında da iptal hakkı bulunan kişi tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi feshedebilmektedir. Dolayısıyla İslam borçlar hukukundaki gayr-i lazım sözleşme ile iptal teorisi bağlamındaki iptal edilebilir sözleşme arasında ciddi derecede bir örtüşmeden bahsetmek mümkündür.

Türk hukukunda sözleşme iptal edinceye kadar sözleşmenin geçerli olduğu görüşü yani iptal teorisini benimsediğimizi gerekçeleriyle birlikte izah edilmişti. Ancak doktrinde azımsanmayacak ölçüdeki bir grup tarafından savunulan düzelebilir hükümsüzlük görüşü ileri sürüldüğü için bu bakımdan da iptal edilebilirliği İslam borçlar hukukundaki hükümsüzlük türleri çerçevesinde inceledik. Bu inceleme sonucunda gördük ki İslam borçlar hukukundaki fesat teorisi sıhhat şartlarındaki bir eksiklik ile ilgili olup sözleşme hukuk alanında mevcut yani kurulmuştur. Kurulmuş fakat geçerli olmayan “fasit” sözleşme, irade beyanındaki rıza unsurunun sonradan tamamlanması sonucunda geçerli hale gelmektedir. Geçersizlik teorisinde de benzer bir durum söz konusudur. Öyleyse Türk borçlar hukukundaki geçersizlik teorisi ile İslam borçlar hukukundaki fesad teorisi önemli ölçüde örtüşmektedir.

En nihayetinde hükümsüzlük kategorileri konusunun her şeyden önce kendisi çetrefillidir. Böylesine çetrefilli bir konunun İslam borçlar hukuku perspektifinden ele alınması konunun kendisi kadar zordur. Mukayeseli hukuk incelemeleri ile bir hukuki kurumun karşılığının diğer hukukta aynen var olduğunun tespitinden ziyade, iki hukukun hangi noktalarda örtüştüğü, ne gibi farklılıklara sahip olduğunun yanı sıra, hukuki düşüncedeki zenginliğin ortaya çıkarılarak bunun geliştirilmesi suretiyle hukuk mirasına katkı sunulması hedeflenir. Bu vesileyle bir kez daha Türkiye’de mukayeseli hukuk çalışmalarının önemine işaret etmek, bu çalışmalar içerisinde zengin hukuki düşünceleri haiz fıkıh külliyatı ile altı asır geniş Müslüman coğrafyada uygulama alanı bulmuş Osmanlı hukuk tecrübesini içeren İslam hukukunun hak ettiği yeri görebilmesini temenni ediyoruz. Bu ve benzeri çalışmaların yaygınlaşması hem literatürdeki boşlukların doldurulmasına hem de hukuka ilişkin düşünce ve ufkumuzun genişlemesine vesile olabilecektir.

Genel olarak hukuk, hukuki işlemlere yönelik koyduğu kurallara riayet edilip edilmemesine veya riayet edilmemesine ölçüsüne göre çeşitli medeni yaptırımlar ortaya koymuştur. Bu yaptırımlar, zaman içerisinde geliştirilmiş ve değişmiştir. Modern hükümsüzlük teorisi içerisinde yer alan iptal edilebilirlik yaptırımı da böyledir. İslam borçlar hukuku da benzer bir mantık ile fakat kendi terminolojisi ve hükümsüzlük kategorileri açısından konuya ilişkin bir yaklaşım geliştirmiştir. İşte bu çalışma, hukuk düzeninin koyduğu kurallara uymamanın veya eksik uymamanın yaptırımlarından modern hükümsüzlük kategorileri bakımından iptal edilebilir, İslam hukuku bakımından fesat ve muhayyerlik kategorilerini gündeme getirmiştir. İsimlendirmeler farklılaşsa da kurumlardaki hedeflenenler ve ana düşünceler oldukça benzerlik arz etmektedir. Bu husus, mukayeseli hukuk çalışmalarının literatüre yaptığı önemli katkılardan biridir.

KAYNAKÇA

- Alâ'uddîn el-Ĥaşkefî AM b. 'Alî b. M el-Ĥaşkefî ed-Dîmeşķî, *Ed-Durru'l-Muĥtâr Şerĥu Tenviri'l-Ebsâr ve Câmi'i'l-Bihâr* (y.y. 2002).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Apaydın HY, 'İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989).
- , 'İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)' (1989) 7 Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 177.
- , 'Fesad' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1995) 417.
- , 'Hata' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1997) 437.
- , 'İn'ikad' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2000) 314.
- , 'Kabz' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2001) 45.
- , 'Lüzum' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2003) 260.
- , 'Mevkuf' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2004) 438.
- , 'Sihhat' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2009) 110.
- , *İslam Hukuk Usulü* (6. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları 2018).
- , 'Muhayyerlik' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2020).
- Aybay A, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm* (15. Bası, Filiz Kitabevi 2020).
- Aydın MÂ, *Türk Hukuk Tarihi* (19. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2022).
- Bardakoğlu A, 'Butlân' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1992) 476.
- , 'Gabn' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1996) 268.
- Baş S, *Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yaptırımı* (Yetkin Yayınları 2022).
- Becker H, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2. Auflage, Stämpfli Verlag 1945).
- Biermann J, *Bürgerliches Recht, Band I* (1908).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Schulthess Verlag 1988).
- Ceylan HE, 'İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017).
- Dönmez İK, 'Garar' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1996) 366.
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (16. Baskı, Filiz Kitabevi 2021).
- Ebû Zehra M, *İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü* (Abdulkadir Şener tr, 14. Baskı, Fecr Yayınları 2021).
- Endemann F, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erster Teil, Einleitung und Allgemeiner Teil* (Carl Denmanns Verlag 1987).
- Enneccerus L, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd 1* (3. Auflage, 1908).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).
- Eren SM, 'İslam Borçlar Hukukunda Örfün Muhayyerliklere Etkisi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023).
- Gauch P ve diğerleri, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I* (9. Auflage, Schulthess Verlag 2008).
- Guhl T ve diğerleri, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (8. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1991).
- Gül İ, *İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik* (Yetkin Yayınları 2020).

- Günay HM, 'Tağrîr' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 2010).
- Hallâf A, *İlmu Usûli'l-Fıkıh* (Mektebetü'r-Rüşd 2011).
- Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Auflage, Schulthess Verl., 2019).
- İbn Hacer el-Heytemî E-Abbâs A b. M b. 'Ali İ Hacer el-Heytemî, *Tuḥfetü'l-Muḥtâc Fî Şerḥi'l-Minhâc*, C. I-X (el-Mektebetü't-Ticâriyye 1983).
- İbn Qudâme el-Maḳdisî EM 'Abdullâh b. A b. M b. Qudâme el-Cemâ'îli, *El-Muḡni*, C. I-XV (Alemlü'l-Kutub 1997).
- İbn Nuceym Z b. İ b. M el-Mıṣrı, *El-Eşbâh ve'n-Nezâîr Alâ Meżhebi Ebi Ḥanîfe En-Nu'mân* (Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 1999).
- Karaca Öz A, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali'(2023) 11(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1406-1428.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Turhan Kitabevi 2021).
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Stämpfli Verlag 2009).
- Kramer EA, *Der Irrtum beim Vertragsschluss* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1998).
- Köse S, 'Hile' (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi 1998).
- Kut A, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Lieven Q, *Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgeschäft nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches* (Leipzig 1909).
- Merğînânî E-Ḥasen 'Ali b. E el-Ferğânî, *El-Hidâye Fî Şerḥi Bidâyeti'l-Mubtedî*, C. I-IV (Dâru İḥyâ'î't-Turâsî'l-'Arabî t.y.).
- Muḥammed Kadri Paşa, *Murşidu'l-Ḥayrân İlâ Ma'rifeti Aḥvâli'l-İnsân* (2. Baskı, Bûlâk 1891).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayınları 2021).
- Oertman P, *Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB* (3. Auflage, 1927).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2023)
- Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (46. Bası, Yetkin Yayıncılık 2021).
- Paçacı İ, 'İslâm Hukukunda Medenî Müeyyideler' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1998).
- Şâban Z, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)* (İbrahim Kâfi Dönmez tr, 35. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları 2020).
- Şahin H, 'Akidlerde Muhayyerlik Teorisi' (Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).
- Savaş A, 'İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006).
- Savigny FC, *System des Heutiges Römischen Rechts IV* (1841).
- Senhürî AA, *Mesâdirü'l-Hak Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî* (el-Lecnetü'l-Beyân 1957).
- Senhuri AA, *Mesâdirü'l-hak fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. (Camiatü'd-Devli'l-Arabiyye t.y.).
- Serozan R, Engin Bİ and Atamer YM, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Seydişehrî ME, *Telhîs-i Usûl-i Fıkıh* (M Nikolayidi Matbaası 1918).
- Zauderer M, *Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften* (Marburg 1931).
- Zeydân A, *İslâm Hukukuna Giriş* (Ali Şafak tr, 13. Baskı, Kayihan Yayınları 2020).

Condictio Indebiti: Borç Olmayan Şeyin İfasına Dayanan Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Şartları ve İade Talebine Yönelik Diğer Hukuki Dayanaklarla Sınırlarının Çizilmesi

Condictio Indebiti: Conditions of Unjust Enrichment for Performance of Non-Debt and Its Boundaries with Other Legal Grounds

Işık Aslı HAN* 

ÖZ

Edimden doğan zenginleşmeler arasında en sık rastlanılan *condictio indebiti*, yani borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebi, Türk Borçlar Kanununun 78. maddesinde özel bir hüküm ile düzenlenmiştir. Anılan hükümde sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülebilmesi, ilk bakışta yalnızca yanılarak borcu ifa etme şartına tabi tutulmuş, borcun özgür iradeyle ifa edilmediği diğer haller göz ardı edilmiş görünmektedir. Ancak İsviçre ve Türk hukuklarında kabul edildiği gibi *condictio indebiti*; özgür iradeyle ifanın bulunmadığı diğer durumlarda ve özellikle irade sakathığı halleri ile sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinin tarafları arasında aşikâr güç dengesizlikleri bulunduğu diğer hallerde de ileri sürülebilir. Bu kapsamda borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebinin sıkı şartlara tabi tutulmasının ardında yatan sebep, kazandırmanın bağışlama sebebine (*causa donandi*) dayandığının faraziye olarak kabul edilmesidir. Bu durumda geçerli olmayan bir borcun konusu olan veya borçlanılandan fazla edimi, özgür iradesiyle ifa eden kişi bağışlama kastıyla kazandırmada bulunmuş sayılır. *Condictio indebiti*'nin diğer sorumluluk sebepleriyle sınırlarının belirlenmesi ve sebepsiz zenginleşmeden doğan bu talebin diğer sorumluluk sebeplerine dayanan taleplerle yarışıp yarışmadığının tespit edilebilmesi için, borçlar hukukundan kaynaklanan diğer talepler ve İcra İflas Kanununda düzenlenen istirdat davasıyla ilişkisi incelenmelidir. Özellikle bir sözleşme tahtında borçlanılandan fazla edimin ifası halinde fazla ifa edilen kısma ilişkin iade talebinin, sözleşmesel sorumluluk alanına çekilmek istenmesi bu sınırın çizilmesini zorlaştırmaktadır. Diğer yandan, sebepsiz zenginleşme davası ve istirdat davası arasındaki ilişki icra iflas hukuku öğretisinde tartışmalıdır. Bu açıklamalar ışığında değinilen meselelere ışık tutmak amacıyla Çalışmada *condictio indebiti*'nin şartları derinlemesine incelenecek, ardından maddi hukuk ve usul hukukundan doğan benzer tasfiye talepleriyle sınırları çizilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sebepsiz zenginleşme, Borçlanılmayan edimin ifası, Fazla ifa halinde iade, Özgür iradeyle ifa, İstirdat davası.

* Ar. Gör. Dr., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ihan@pau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8381-0361.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Işık Aslı HAN

E-posta/E-mail: ihan@pau.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 17.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 07.06.2024

ABSTRACT

Among enrichments arising from performance, the most frequently encountered is *condictio indebiti*, a claim for unjust enrichment based on a non-debt (undue payment), which is regulated by a special provision in Article 78 of the Turkish Code of Obligations. At first glance, the requirement for asserting a claim for unjust enrichment seems to be limited solely to cases where an obligation is mistakenly performed, overlooking other instances where the obligation is not performed by free will. However, as accepted in Swiss and Turkish law, *condictio indebiti* can be invoked as well in cases where performance is not made by free will but also in other circumstances, particularly instances of impaired consent, and when there are apparent power imbalances between the parties. The underlying reason behind the strict requirements for asserting a claim for unjust enrichment based on the performance of a non-debt is the assumption of a presumed intention to perform with *causa donandi*. In this regard, the person who performs a non-debt or performs more promised is assumed to perform gratuitously. In order to determine the boundaries of *condictio indebiti* with other grounds of liability and to ascertain whether a claim arising from unjust enrichment competes with claims based on other grounds of liability, the relationship between such claims arising from the law of obligations and the restitution action regulated in the Enforcement and Bankruptcy Law must be perused. In particular, the attempts to bring the request for restitution regarding the excess performance under contractual liability complicates the delineation of its boundaries. Furthermore, the relationship between the claim for unjust enrichment and the restitution action is controversial in the doctrine of enforcement and bankruptcy law. In light of these explanations, in order to shed light on the issues discussed, this Work will delve into the requirements of *condictio indebiti* in depth, followed by delineating its boundaries with similar restitution claims arising from substantive law and procedural law.

Keywords: Unjust enrichment, Performance of non-debt (undue payment), Restitution of excessive performance, Voluntary performance, Action for restitution.

I. BORÇLANILMAMIŞ EDİMİN İFASINA İLİŞKİN SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME TALEBİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. EDİMDEN DOĞAN ZENGİNLEŞME TÜRLERİ VE KANUNUN SİSTEMATIĞI İÇİNDEKİ YERİ

Türk hukukunda sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel norm niteliğindeki TBK m. 77, ikinci fıkrasında sebepsiz zenginleşme teşkil eden haller bakımından örnekleyici sayıma giderek edimden doğan zenginleşme hallerini belirtmiştir¹. Geçerli olmayan sebebe dayanan zenginleşmeler

1 Lea R. Kaufmann-Bütschli, *Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht* (Verlag Stämpfli & Cie, 1983) 55. Sebepsiz zenginleşme teşkil eden haller öğretide edimden doğan zenginleşmeler (*Leistungskondition*) ve edim dışı zenginleşmeler (*Nichtleistungskondition*) olmak üzere iki ana kategoride incelenmektedir. Edimden doğan zenginleşmeler geçerli olmayan sebebe dayanan zenginleşme, gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşme ve sona eren sebebe dayanan zenginleşme olmak üzere üç gruba ayrılırken; edim dışı zenginleşmeler müdahaleden doğan zenginleşmeler, masraftan kurtulmadan doğan zenginleşmeler ve borçlar kurtulmadan doğan zenginleşmeler (ya da rücadan doğan zenginleşme) olarak üç gruba ayrılabilir. Ayrıntılı bilgi için birçokları yerine bkz Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı Yayınları 1990) 79 vd. Serozan ise edim zenginleşmelerini borçlanılmamış edimden ötürü zenginleşme, hukuki sebebin sona ermesi dolayısıyla zenginleşme ve amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi dolayısıyla zenginleşme olarak üç grupta incelemekte; gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşmenin ilk gruba, hukuka ve ahlaka aykırı amaçtan doğan zenginleşmenin ise üçüncü gruba dâhil olduğunu belirtmektedir, bkz Rona Serozan, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (On İki Levha Yayınları 2022) 448 vd.

arasında en sık gündeme gelen² borçlanılmamış edimin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebi (*condictio indebiti*) ise ayrı ve özel bir hükümlerle TBK m. 78 (OR 63)'de düzenlenmiştir. TBK m. 78, bağımsız nitelikte bir sebepsiz zenginleşme talebi teşkil etmez; TBK m. 77 kapsamındaki geçerli olmayan zenginleşmeden doğan talepler açısından bazı sınırlamalar getirir³. Nitekim anılan hükme göre “*Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir.*” Görüldüğü üzere hüküm, TBK m. 77’ye yönelik bir sınırlama ve bir ispat kuralı getirmektedir. Ancak TBK m. 77 vd. hükümleri, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri uygulayacak hâkimlere doğrudan yol göstermedikleri için nitelikli bir muğlaklık (*qualifizierte Vagheit*) içerirler. Bu nedenle sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kuralların öğretinin yardımıyla açıklanması gerekir⁴. Nitekim bu Çalışma, TBK m. 78’in temelinde yatan düşünceyi, hüküm kapsamında sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulabilmesinin şartlarını ve hükmün diğer sorumluluk sebepleriyle ilişkisini açıklamayı hedeflemektedir.

Öğretide TBK m. 78’in niteliği ve kanun sistematikteki anlamına ilişkin birçok değerlendirmede bulunulmuştur. Katıldığımız görüşe göre anılan düzenleme öncelikle bir ispat hükmü niteliğindedir ve ifade bulunan borçlunun çelişkili davranma yasağına aykırı davranışını engeller⁵. Hükme ilişkin bir diğer değerlendirme ise mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’na dayanmakta ve taşınırları konu alan tasarruf işlemlerinin soyut olduğunu çıkarımına varmaktadır. Bu kapsamda Türk hukukunda TBK m. 78’in bir tasarruf işlemi neticesinde zenginleşmeyi düzenlemiş olması⁶ ile TBK m. 80/3 (BK m. 64/c.son) (OR 65 Abs. 2) hükmünde düzenlenen zenginleşenin sahip olduğu söküp alma hakkının (*ius tollendi*) varlığına⁷ dayanılarak kanun koyucunun taşınırların devrinde soyutluk prensibini benimsendiği belirtilmektedir. Günümüzde taşınırların devrinde

- 2 Rona Serozan, *TBK m. 78 iç İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt – 1 (madde 1-82)* (Vedat Kitapçılık 2019) 1220-1221 N 2; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts* (Stämpfli Verlag AG, 2022) 528 N 31.06; Ingeborg Schwenzer ve Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Stämpfli Verlag, 2020) 459 N 5608.
- 3 Alfred Koller, ‘Die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR’ (2006) 4 Aktuelle Juristische Praxis 468; Anne-Catherine Hahn, Art. 63 iç *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2016) 449 N 2; Pierre Tercier ve Jean-Baptiste Zufferey, ‘La rémunération liée au retrait d’un recours ATF 123 III 101 (arrêt D. c/A. du 20 nov. 1996)’ (1997) Droit de la Construction, 117; Peter Gauch, Walter R Schlupe ve Jörg Schmid, *OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I* (Schulthess, 2020) 385 N 1489a. Ayrıca bkz BGE 124 II 570 N 4d.
- 4 Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin düzenlemelerin bu niteliği hakkında bkz Nathalia Voser, *Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, erläutert am Beispiel der Anweisung* (Helbing & Lichtenhahn, 2006) 119; Kaufmann-Bütschli (n 1) 56-57.
- 5 Bu görüş için bkz Benoit Chappuis, Art. 63 iç *Commentaire Romand I. Art. 1-252 CO, partie générale, contrats innommés, vente et donation* (Helbing Lichtenhahn, 2021) 686 N 1; Hahn ‘Art. 63’ Anne-Catherine Hahn, Art. 63 iç *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Baskı, Schulthess 2016) 449 N 2. Bu noktada TBK m. 78’in uygulandığı hallerde ispat yükünün dağılımı ile ilgili açıklamalar için bkz Başlık III. İSPAT YÜKÜ.
- 6 M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (Vedat Kitapçılık 2021) 365 N 1000.
- 7 Bu görüş için bkz Öz, *Sebepsiz Zenginleşme* 83; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (Filiz Kitabevi, 2014) 274 N 1123; Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022) 292 N 865. Bununla bağlantılı olarak, bildiği üzere tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu hallerde iade talebi sebepsiz zenginleşmeye değil, bir aynı talebe dayanır. Ayrıntılı açıklama için bkz Theo Guhl ve Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wertpapierrechts* (Schulthess 2000) 225 N 24.

sebebe bağıllık prensibinin benimsendiği İsviçre hukukunda ise bu hükmün uygulama alanının yalnızca elde edilen menfaatin aynen devrinin talep edilmesi (*Bereicherungsanspruch auf Rückgabe des erlangten Vorteils in Natur*) hali ile sınırlı olduğu belirtilmektedir⁸.

B. EDİMİN KONUSU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

TBK m. 78 her tür edimin ifası bakımından uygulanır. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde bu hükme tekabül eden m. 62, konusu verme borcu olan edimin yanılarak ifasını düzenleyen bir hükümdü. Yeni düzenleme ise her türlü edimin ifasını kapsayacak şekilde daha geniş bir kapsamda, yapma ediminin yerine getirilmesi halinde de uygulanacak şekilde kaleme alınmıştır⁹. Yapmama edimi ise çoğu zaman niteliği gereği *condictio indebiti*'ye dayanan bir talebe konu olmaya elverişli değildir. Buna karşılık, kaçınma veya katlanma ediminin ekonomik bir değerinin bulunması halinde, kişinin kendisini borçlu addettiği için bu davranışta bulunması nedeniyle muhtemel bir gelir veya kardan mahrum kaldığı haller olabilir. Ancak bu kayıp, bir malvarlığı kayması nedeniyle gerçekleşmeyip bir tür salt ekonomik zarar niteliğinde olduğu için sebepsiz zenginleşme hukukunun konusuna girmez. İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan mehaz hüküm OR 63 ise ifa yerine ödeme¹⁰ ifadesini tercih ederek para borcunun ifasını çağrıştıran bir lafza sahiptir. Buna karşılık İsviçre hukukunda OR 63'ün konusu önem arz etmeksizin her tür borcun ifasında dikkate alınacağı genel kabul görmektedir¹¹.

Diğer yandan, bazı hallerde TBK m. 78'in kıyasen uygulanması gündeme gelebilir. *Von Tuhr/Peter*, bu halleri üç grupta incelemektedir. İlk olarak geciktirici şarta bağlı bir sözleşmede edimin, şartın gerçekleşeceği inancıyla ifa edilmesi halinde edimini ifa eden taraf, şartın gerçekleşmemesi halinde bu hususta yanıldığını ortaya koyarak iade talebinde bulunabilir¹². İkinci olarak bir başkasının borcu için rehin veren üçüncü kişi, rehin verdiği malını kurtarmak için bu borcu öderse ve sonradan bu borcun geçerli olmadığı ortaya çıkarsa, rehinli malın sahibi olan kişi bu hususta yanıldığını ortaya koyarak iade talebinde bulunabilir. Son olarak ise esasen bulunmayan bir ahlaki ödevin ifası halinde bunun iadesi talep edilebilir¹³.

8 Hermann Schulin, Annaig L. Vogt, Art. 65 iç *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2020) 534 N 1a; Anne-Catherine Hahn, Art. 65 iç *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Schulthess Juristische Medien AG, 2016) 458-459 N 1.

9 818 sayılı BK döneminde Öz, ifanın hukuki işlemle değil bir maddi fiille gerçekleştiği hallerde de TBK m. 63'ün kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir, bkz Öz (n 1) 93-94. Ayrıca Oğuzman ve Öz (n 5) 372 N 1024. İfanın bir hukuki işlemle gerçekleştiği ancak sebep üzerinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmadığı hallerde ise TBK m. 77 uygulanır, bkz Oğuzman ve Öz (n 5) 363 N 994 ve ibid 367 N 997.

10 Almanca metinde yer alan *bezahlen* ("Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, (...)"), Fransızca metinde yer alan *payer* ("Celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas, (...)") ve İtalyanca metinde yer alan *pagare* ("Chi ha pagato volontariamente un indebito, (...)") fiilleri para borcunun ödenmesini ifade eder.

11 Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 394 N 1530; Benoit Chappuis 'Art. 63' (n 5) 687 N 4; Hahn, 'Art. 63' (n 3) 448-449 N 1.

12 Geciktirici şart kararlaştırılması halinde şart gerçekleşmeden borç doğmayacağı için yanılarak ifade bulunulması halinde, şart gerçekleşmedikçe sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülebileceğine ilişkin bkz. Öz (n.1) 85-86.

13 Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I* (Schulthess 1979) 487.

C. KAZANDIRMANIN BAĞIŞLAMA SEBEBİNE DAYANDIĞI FARAZİYESİ

Buna karşılık, *condictio indebiti*'nin geçerli olmayan sebebe dayanan diğer zenginleşmelerden bir farkı bulunmaktadır. TBK m. 78'e göre, sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilmesi için borçlunun, borcu ifa etme iradesinin özgür muhakemeye dayanan iradesi sonucu gerçekleşmemiş olmalıdır. Bu kapsamda, ifade bulunan kişi, ifa amacıyla (*causa solvendi*) hareket etmiş olmalı¹⁴; geçerli ve bağlayıcı bir borçlandırıcı işlemde doğan bir borcunu ifa etme amacı taşınmalıdır. Aksi halde, borçlunun borçlu olmadığını bilmesine veya bu hususta şüpheye düşmesine rağmen ifade bulduktan sonra sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunması, ifa ile gerçekleşen kazandırmanın bağışlama sebebine (*causa donandi*) dayandığı varsayımıyla kanun koyucu tarafından engellenmiştir¹⁵. Bunun arkasında yatan sebep, borçlusu olmadığı bir edimi bilinçli olarak yerine getiren kişinin, bağışlama amacı (*causa donandi*) ile kazandırmada bulunmadığı iddiasının, çelişkili davranış teşkil etmesidir. TBK m. 78, çelişkili davranma yasağına ("*venire contra factum proprium*") aykırı hareket ederek sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülmesini engellemektedir¹⁶.

Buna karşılık, lehine kazandırma yapılan kişinin de bir borcun ifa edildiği ve edimi kabul etmeye muktedir olduğu inancıyla ifayı kabul etmiş olması gerekir¹⁷. Nihayetinde borç olmayan şeyin ifa edilmesinin bir tür elden bağışlama olarak nitelendirilebilmesi için tarafların iradelerinin en azından bu hususta uyuşması gerekir.

II. TBK M. 78'E GÖRE SEBESİZ ZENGİNLEŞME TALEBİNDE BULUNABİLME ŞARTLARI

A. BORÇLANILMAYAN EDİMİN İFA AMACIYLA YERİNE GETİRİLMESİ

1. İfa Edilen Edimin Borçlanılmamış Olması

14 Von Tuhr ve Peter (n 12) 478; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, TBK m. 78 iç *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt II m. 49-82* (Yetkin Yayınları, 2022) 1221 N 8.

15 Chappuis 'Art. 63' (n 5) 686 N 2. 'Bu maddede belirtilen yanlışlık eda ile ilgili olup edada bulunanda bağışlama irade ve arzusunun bulunmadığını gösteren bir yanılmadır.' bkz Yargıtay 22 HD, E 2016/22224 K 2019/20458 6.11.2019; Yargıtay 3 HD, E 2014/21639 K 2014/17029 22.12.2014.

16 Guhl ve Koller (n 7) 223 N 15; Serozan, 'Borçlar Genel' (n 1) 458 N 11; Chappuis, 'Art. 63' (n 5) 686 N 1; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayınları 2022) 546 N 1334; Hermann Schulin ve Annaig L. Vogt, "Art. 63," *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2020) 521 N 1; Koller, *Konditionssperre* (n 3) 468; Claire Huguenin, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (Schulthess 2019) 552 N 1808a; Schwenzler ve Fountoulakis (n 2) 459 N 5609; Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 395 N 1535.

Roma hukukunda ise borç olmayan şeyin ifasında iadenin *condictio indebiti*'ye dayanan bir talebe dayanması için zenginleşenin iyi niyetli olması aranmakta; aksi takdirde ifanın bağışlama niyetiyle yapıldığı kabul edilmemekteydi. Bu nedenle zenginleşenin iyiniyetli olmadığı hallerde iadenin hukuki dayanağı, *condictio furtiva* olarak kabul edilmektedir, bkz A. Nadi Günel *Roma Hukukunda Varılmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 49. *Condictio furtiva* ise esasen hırsızın çaldığı şeyin iadesi ya da değerinin tazmini için kabul edilen, mülkiyet hakkını kazanamayan hırsıza karşı ileri sürülen ve *rei vindictio* ile yarışan bir talep imkânı sağlar, bkz Günel (n 15) 20.

17 Koller, 'Konditionssperre' (n 3) 468.

a. Borçlanılmamış edim ve ifası

Borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebi, hukuk düzeninde hiç var olmayan veya geçerli olmayan bir borçlandırıcı işleme dayanan bir edimin ifası ya da daha önce ifa edilmiş bir borcun tekrar ifası halinde gündeme gelir¹⁸. İfada bulunan kişinin, sözleşmeden doğan bir borcu veya haksız fiilden doğan bir tazminat borcunu ifa etmesi arasında bir fark olmadığı gibi, ifa edilen edim bir verme borcu, yapma borcu ya da mülkiyetin nakli de olabilir¹⁹.

TBK m. 78 kapsamında sıklıkla karşılaşılan haller arasında geçersiz bir sözleşmeden doğan borcun ifası, bir kesin def'inin varlığına rağmen def'i ileri sürülmeden borcun ifası, doğumu geciktirici şarta bağlı borcun şart gerçekleşmeden ifası²⁰, seçimlik borç bulunmasına rağmen borçlanıldığı sanılan tek bir borcun ifası sayılabilir²¹. Ayrıca sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler, idareler tarafından yapılan şart tasarruflara dayanılarak özel hukuk kişileri tarafından yapılan ifalar bakımından da uygulama alanı bulur²².

Buna karşılık, borçlunun ödemezlik def'i veya peşin dava def'i gibi bir geçici def'ie başvurma imkânının bulunmasına rağmen borcu ifa etmesi²³, muacceliyet eksikliği ya da takas hakkı bulunmasına rağmen ifa halinde ise sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemez²⁴. Sayılan örneklerden fark edilecektir ki, henüz doğmamış olan borcun yanılarak ifa edilmesi halinde sebepsiz zenginleşme talebi gündeme gelirken²⁵ henüz muaccel olmamış borcun ifa edilmesi halinde sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemez²⁶. Ayrıca iptal veya sözleşmeden dönme beyanında bulunma hakkı gibi bir bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması imkânı varken kullanılmaması halinde de *condictio indebiti* ileri sürülemez²⁷.

b. Özel olarak: üçüncü kişinin ifası

Becker, borç olmayan şeyin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi halinde genel hüküm olan TBK m. 77'nin uygulanacağını belirtmektedir²⁸. Von Tuhr/Peter ise hangi hükmün uygulanacağını

18 Von Tuhr ve Peter (n 12) 479; Öz 84; Schwenger/Fountoulakis (n 2) 459 N 5609; Koller (n 2) 528 N 31.06.

19 Seza Reisoğlu, *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları* (Türk Matbaası 1961) 147; Oğuzman ve Öz (n 5) 365-366 N 1001-1002.

20 Bu takdirde sebepsiz zenginleşme talebi şart gerçekleşene kadar ileri sürülebilir, krş. Öz (n.1) 85-86.

21 Von Tuhr ve Peter (n 12) 479 vd; Reisoğlu (n 18) 148 vd; Öz (n 1) 86-88; Oğuzman ve Öz (n 5) 368-369 N 1011. Reisoğlu'nun aksine Serozan ise seçimlik borcun varlığı konusunda hataya düşülmesi halinde iade talebinde bulunulabileceğini, edimi değiştirme konusunda seçimlik yetki tanınması durumunda ise bulunamayacağını belirtmektedir, bkz Serozan, 'TBK m. 78' (n 2) 1223 N 17-18.

22 Yargıtay 3 HD, E 2013/10794 K 2013/13472, 30.9.2013; Yargıtay 3 HD, E 2010/16296 K 2011/633, 24.1.2011; Yargıtay 3 HD E 2010/4572 K 2010/6759, 19.4.2010.

23 Öz (n 1) 86-87; Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1223 N 14; Oğuzman ve Öz (n 5) 369 N 1012.

24 Öz (n 1) 86-87; Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1222 N 12-13; Serozan *Borçlar Genel* (n 1) 453 N 4.

25 Koller, 'Kondiktionsperren' (n 2) 469.

26 Öz (n 1) 86-87; Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1222 N 12-13; Serozan *Borçlar Genel* (n 1) 452 N 4. Vadesi gelmemiş borcun ödenmesi halinde iadesi için sebepsiz zenginleşme talebinden bulunulamamakla beraber, fiili ödeme ve vade günü arasındaki zaman dilimi için işleyecek faizin bir tür semere olarak talep edilebileceği görüşü için bkz von Tuhr ve Peter (n 12) 479.

27 Von Tuhr ve Peter (n 12) 480; Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1223 N 15.

28 Hermann Becker, Art. 63 iç *Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183 OR *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, *Obligationenrecht*

belirtmeden A'nın B'ye geçerli bir borcu olduğunu sanarak bu borcu ifa eden üçüncü kişi X'in sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceğini belirtmektedir²⁹. Kanımızca üçüncü kişinin durumu açısından iki farklı senaryo ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

İlk ihtimalde üçüncü kişi, geçerli bir borcu kendisinin sanarak ifade bulunur. *Voser* bu ihtimali *geniş anlamda üç köşeli sebepsiz zenginleşme* halleri içinde ele almaktadır. Yazara göre bu takdirde asıl borçlu, borcunun ifayla sona erdiği savunmasıyla alacaklıya karşı ifadan kaçınabilir. Bu takdirde alacaklının hakları, TBK m. 127/1-b.2 gereği ifade bulunan üçüncü kişiye intikal eder³⁰. Gerçekten de bu görüş kabul edildiğinde, üçüncü kişi sebepsiz zenginleşme alacaklısına nazaran daha avantajlı bir hukuki konumda olur. Ancak kanımızca TBK m. 127/1-b.2 gereği alacaklıya bildirimde bulunulmayan durumlarda bu görüş kabul edilemez. Bu takdirde TBK m. 78 uygulanmalı ve ifade bulunan kişi bu hususta yanıldığını ortaya koymalıdır. Aksi takdirde ifade bulunulan kişiye karşı bağışlamada bulunulmuş kabul edilmelidir.

İkinci ihtimalde, ortada geçerli bir borç bulunmamasına rağmen üçüncü kişi, bu borcu, borçlu ile arasındaki bir hukuki ilişkiye dayanarak ifa ettiyse burada sebepsiz zenginleşme talebini ileri sürebilecek olan kişi borçludur³¹. Sözde borçlu, geçerli olmayan bir borç onun adına ifa edildiği ve bu durum da üçüncü kişi ile arasındaki hukuki ilişkiyi etkilediği için fakirleşir. Bu nedenle sebepsiz zenginleşme talebini ancak esas ilişkinin borçlusu, zenginleşen tarafa karşı ileri sürebilir.

2. Borçlanılandan Fazla Edimin İfası

TBK m. 78 bağlamında akla gelebilecek bir diğer soru ise taraflar arasında geçerli ve hüküm ifade eden bir sözleşmeden doğan bir borç bulunmakla beraber, borçlunun bu sözleşmeyle taahhüt ettiğiinden fazla ifade bulunmasıdır. Bu takdirde fazla ifanın iadesinin tabi olduğu rejim hakkında öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Klasik anlayışa göre fazla edimin ifası halinde iade talebinin dayanağı, borç olmayan şeyin ifasında olduğu gibi sebepsiz zenginleşmedir. Diğer bir görüşe göre ise bazı hallerde fazla ifanın iadesi, sözleşmeye dayanan bir talep ile geri istenir³².

3. Eksik Borç Olmaması

TBK m. 78/2'ye göre zamanaşımına uğramış borcun veya ahlakin ödevin ifası niteliğindeki kazandırmaların iadesi talep edilemez. Bu hükümlerle kanun koyucu, geçerli bir ifayla sona erebilecek

BK – Berner Kommentar (Stämpfli Verlag AG, 1945) 343-344 N 7. Yazar görüşünü açıkladığı cümlede referans olarak von Tuhr/Peter'in dn 27'de atf yapılan örneğini ve buna ilişkin dipnottaki atıfları gösterse de orijinal kaynakta sebepsiz zenginleşme talebinin OR 62'ye tabi olduğu belirtilmemekte ve von Tuhr ve Peter'in açıklamaları OR 63'ün şartlarının açıklandığı bölümde yer almaktadır.

29 Von Tuhr ve Peter (n 12) 482.

30 Voser (n 4) 18.

31 Öz (n 1) 54.

32 Çalışmanın devamında bu görüşler detaylı olarak açıklanmıştır. Tekrardan kaçınmak adına bu açıklamalara atf yapmakla yetinmekteyiz, bkz Başlık IV. B. Sözleşmeye Dayanan İfade Talebiyle Sınırının Çizilmesi ve Özellikle Borçlanılandan Fazla İfa Durumu.

bir eksik borcun borçlusunun, alacaklının ifa talebini mahkeme veya icra aracılığıyla sunamayacağı noktasında yanıldığına dayanarak iade talebinde bulunamayacağını açıkça düzenlemiştir. Bunlar dışında, eksik borçların bulunduğu diğer hallerde de sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak talepte bulunulamaz³³. Sonuç itibarıyla eksik borçların ifasında genel kural olarak *melior est causa possidentis* ilkesi³⁴ konumuz bakımından da geçerliliğini sürdürür³⁵.

a. Zamanaşımına Uğramış Borcun İfası

Bilindiği üzere zamanaşımına uğramış borcun ifası geçerli olmakla beraber ifanın dava veya icra yoluyla talep edilmesi halinde borçlu zamanaşımı def'i ileri sürebilir. Buna karşılık borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürmeksizin borcunu ifa etmişse, bu yönde savunma imkânının olduğunu konusunda yanılığa düştüğünü ileri sürerek iade talebinde bulunamaz³⁶.

b. Ahlaki Ödevin İfası

Ahlaki ödevin ifası esasen hukuki anlamda bir borcun ifası değildir. Buna karşılık kişinin üstlendiği ahlaki ödevleri yerine getirmesinde bir *causa donandi* bulunduğu anlayışıyla³⁷ sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir. Bu bakımından TBK m. 285/3'ün ahlaki ödevin yerine getirilmesinin bağışlama sayılmayacağına yönelik düzenlemesi de bağışlamanın hükümsüz kılınmasını engelleme amacı güder.

Ahlaki ödevin ifası bağlamında klasik örnek, kişinin altsoyu, üstsoyu ya da yakın akrabaları için yaptığı harcamalardır. Bazı hallerde kişi, bir yakınının bakımına ve geçimine katkıda bulunmaya hukuken yükümlü olabilir. Örneğin; müşterek çocuğun velayetini elinde bulundurmeyen ebeveyn, çocuk için yaptığı harcamaları ödemediği iştirak nafakasına mahsup olduğunu iddia edebilir mi? Kanımızca ifade bulunan kişi iştirak nafakası veya yardım nafakası gibi bir kanuni yükümlülüğün borçlusu olsa dahi, yaptığı katkı bu nafaka yükümlülüğünden bağımsız olarak ve bir ahlaki ödevin ifası olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de bir kararında velayeti haiz olmayan ebeveyn ve velayet hakkı bulunan ebeveyn arasında bu yönde sözlü bir anlaşma olsa dahi müşterek çocuğun eğitim ve barınma masraflarının ödenmesinin, ödenmeyen iştirak nafakasına mahsup edilemeyeceğine; iştirak nafakasının icra yoluyla tahsil edildikten sonra nafaka yükümlüsü ebeveynin, yaptığı ödemeler için sebepsiz zenginleşme talebi ileri süremeyeceğine hükmetmiştir³⁸.

33 Çetiner, Furrer ve Müller-Chen (n 15) 547 N 1336; Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1226 N 35; Hahn 'Art. 63' (n 3) 450-451 N 6; Tea Gelbhaus, Art. 63 iç *OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK – Orell Füssli Kommentar* (Orell Füssli Verlag 2023) 410 N 4.

34 *Çekişmeli şey, alıcı ya da zilyette kalır.*

35 Huguenin (n 15) 553 N 1810.

36 Oysa Roma hukukunda ifade bulunan kişinin bir def'i ileri sürme hakkı varken ileri sürmeksizin hataen ifade bulunmuşsa bu iddiasını ispatlayarak iade talebinde bulunabileceği kabul edilmekteydi, Krş Günel (n 15) 106.

37 ATF 126 III 49 N 3 bb.

38 Yargıtay 3 HD, E 2013/7248 K 2013/10249, 17.06.2013. Aynı yönde Yargıtay 3 HD, E 2015/1600 K 2015/12040, 30.6.2015.

Buna karşılık, edimi yerine getiren kişinin, ahlaki ödevin varlığı konusunda hataya düşmesi sonucu ifade bulunması halinde, sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulabilir³⁹.

c. Kumar ve Bahis Borcu İçin Yapılan Ödemeler

TBK m. 604'e göre kumar ve bahis borcu eksik borç olarak kabul edilmiş olup bunların ifası için dava açılmaz ve icra takibi yapılamaz. Kumar ve bahis borcunun ödenmesi halinde yapılan ödeme geri istenemez (m. 605/2-c.1). Kumar ve bahis borcu altına girmiş kişi de alacaklının ifa talebini mahkeme veya icra aracılığıyla sunamayacağı noktasında yanıldığına dayanarak iade talebinde bulunmaz. Diğer yandan, aynı kural, kumar ve bahisten doğan borçlar yanında m. 604/2'de de öngörülen *“kumar ve bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakin fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar”* bakımından da uygulanır⁴⁰. Buna karşılık, kumar ve bahsin usulüne göre yürütülmesi, bir beklenmeyen olay nedeniyle ya da diğer tarafın fiiliyle veya hileli davranışlarla engellenmişse yapılan ödemeler geri alınabilir (m. 605/2-c.2).

d. Hukuka veya Ahlaka Aykırı Bir Sonucun Gerçekleşmesi İçin Verilen Şeyler

Sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemeyecek bir diğer hal ise TBK m. 81'de öngörülen hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen şeyler bakımından gündeme gelir. Bu durumda kişi, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle batıl olup olmadığı noktasında yanıldığını, sözleşmeyi geçerli addederek ifade bulunduğu ileri sürerek iade talep edemez⁴¹. Kökeni Roma hukukundan gelen cezalandırıcı bir anlayışa dayanan bu hüküm, modern kanunlarda da kendine yer bulmuştur (TBK m. 81 / OR 66 / BGB § 817)⁴². Bir görüşe göre bu kuralın hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmelerden doğan her türlü edim bakımından uygulanması adaletsiz sonuçlar doğurabileceği için yalnızca hukuka veya ahlaka aykırı amacı sağlayan edim bakımından uygulanması savunulmaktadır⁴³. Buna karşılık, kuralın cezalandırıcı niteliği düşünüldüğünde karşı edim bakımından da uygulanması gerekir.

TBK m. 81, mehz hüküm olan OR 66'ya ek olarak hâkime, verilen şeyin devlete mal edilmesine karar verme bakımından takdir yetkisi tanımıştır.

39 Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1226 N 34.

40 OR 513 ve 514 bakımından Chappuis, 'Art. 63' (n. 5) 690-691 N 15.

41 İsviçre Federal Mahkemesinin içtihadına göre bu takdirde ifade bulunan kişinin ispat yükü de ortadan kalkar, bkz Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 396 N 1539.

42 Von Tuhr ve Peter (n 12) 490-491.

43 Ibid 491.

B. ÖZGÜR İRADEYLE İFADA BULUNMAMIŞ OLMA

1. ÖZGÜR İRADEYLE İFADA BULUNMAMA

Borç olmayan edimi ifa eden kişinin sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi için borçlunun iradi olarak ifada bulunmuş olmakla beraber, ifaya yönelen iradesinin özgür bir muhakeme sonucunda oluşmuş olmaması gerekir⁴⁴. TBK m. 78’de bu şart, “*edimi kendi isteğiyle yerine getirme (volontairement) (freiwillig)*” olarak ifade edilmiştir. TBK m. 78, borçlu olduğu hususunda yanılarak ifada bulunma olgusuna indirgenmiş görünse de özgür iradeyle ifaya dayanmayan diğer hallerde de uygulanır. Üstelik ifada bulunan ve zenginleşen arasındaki menfaat dengesi düşünüldüğünde, sebepsiz zenginleşme talebinin yanılma dışındaki hallerde tanınmaması adil değildir. Bu nedenle TBK m. 78 hükmü düzeltici yoruma tabi tutularak borçlunun borçlu olduğu hususunda yanılmamakla beraber özgür iradeyle dayanmayan bir muhakeme sonucu ifada bulunduğu halleri de kapsayacak şekilde uygulanır. Bu kapsamda ifada bulunanın edimi “*kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat*” etmesi, bir yandan özgür iradeyle yapılan muhakemeye dayanmayan ifanın bulunduğu bir örnek, diğer yandan ise TBK m. 78’in getirdiği ispat kuralının bir görünümü olarak düşünülmelidir. Nitekim öğretide TBK m. 78’in sebepsiz zenginleşme talebini engellememesi için ifanın özgür iradeyle yapılmamış olması veya özgür iradeyle yapılsa dahi ifada bulunanın yanılmış olması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵. Burada önem arz eden ve özgür iradenin bulunmadığına kanaat getirmemizi sağlayacak koşul, kişinin borçlu olmadığı edimi ifa etmekten başka bir şansının kalmadığı düşüncesiyle hareket etmesidir. İsviçre Federal Mahkemesi bunu, borçlunun ifayı mümkün ve makul olan yegâne çıkış yolu (*als einzig möglicher und zumutbarer Ausweg*) olarak görmesi olarak ifade etmektedir⁴⁶.

Özgür iradenin bulunmadığı hallerden en sık rastlanan, iradenin sakatlandığı hallerdir⁴⁷. Bu kapsamda ifada bulunan kişi, aldatma veya korkutma ya da gabin sebebiyle iradesi sakatlanarak edimi yerine getirmişse bu takdirde sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilir⁴⁸. Özgür iradeyle hareket

44 Öz (n 1) 90; Eren ve Dönmez (n. 13) 1840 N 12; Chappuis, ‘Art. 63’ (n. 5) 687 N 5; Koller, “Kondiktionssperre” (n 3) 468; Gauch, Schlupe ve Schmid, (n 3) 395 N 1537; Huguenin (n 15) 552 N 1808; Tercier ve Zufferey ‘Rémunération’ (n 3) 117; Hahn, ‘Art. 63’ (n 5) 449-450 N 4; Gelbhaus (n 31) 410 N 3.

45 Guhl ve Koller (n 7) 223 N 15; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,2* (Genişletilmiş 2. Baskı Seçkin 2019) 704-705 N 3070 vd.

46 BGE 123 III 101 N 3b.

47 Krş Schulin ve Vogt ‘Art. 63’ (n 15) 523 N 4; Chappuis ‘Art. 63’ (n 5) 687 N 6; Huguenin (n 15) 552 N 1808a.

48 Von Tuhr ve Peter (n 12) 485; Guhl ve Koller (n 7) 223 N 16; Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 396 N 1539; Becker (n 26) 346 N 15; Reisoğlu (n 18) 152-153; Eren ve Dönmez (n 13) 1840 N 12; Tercier ve Zufferey (n 3) 117; Gelbhaus (n 31) 410 N 3. Öz ise borç olmayan şeyin ifası bağlamında geçerli olmayan sebebe dayanan bir sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülmesinin, tasarruf işleminin geçerli olduğu hallerde mümkün olduğunu belirtmektedir. Borçlandırıcı işlemin kurulmasında irade sakatlığı bulunması halinde geçerli olmayan sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme talebinin, ancak düzelebilir geçersizlik görüşünün kabul edilmesi halinde söz konusu olacağı; geçmişe etkili geçerlilik görüşü kabul edildiğinde sona eren sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme talebinin gündeme geleceği hakkında bkz Öz, *Sebepsiz Zenginleşme* (n 1) 85. Aldatma ve korkutma halinde ise irade sakatlığına uğrayan tasarruf işlemi de baştan itibaren geçerli olmayacağı için sebepsiz zenginleşme talebine yer olmayacaktır; bu takdirde iade talebi aynı talebe dayanan istihkak davasıyla ileri sürülebilir, bkz Öz (n 1) 85 ve ibid 88-89. Serozan ise hem düzelebilir geçersizlik hem bozulabilir geçerlilik görüşü bakımından sona eren sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme talebinin (*condictio ob causam finitam*) değil, borç

edilmeyen bir diğer durum ise hapis hakkının kullanılması tehdidi veya kesinleşmiş mahkeme kararına istinaden ya da icra takibi nedeniyle ifa edilen edimlerde görülür⁴⁹. İfanın özgür iradeye dayanmadığı bir diğer hal ise teknolojik araçlar yoluyla ifanın sağlandığı, örneğin bir yazılım hatası nedeniyle edimin yerine getirildiği hallerdir. Bu takdirde de edimin iadesinin istenebileceği kabul edilir⁵⁰.

Buna karşılık, Yargıtay ise ifanın özgür iradeye dayanmamasını yalnız yanılarak ifada bulunma şartına indirgemektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında, hatalı olarak, kişinin karşı tarafça malvarlığına yönelik bir zarar verileceği tehdidi altında korkutularak tapu harçlarını ödemesi halinde sebepsiz zenginleşme talebine yer olmayacağını, TBK m. 78'in yalnızca yanılma halinde uygulanacağını, korkutma için ise TBK m. 39'da öngörülen bir yıllık sürenin geçtiğini belirtmiştir⁵¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında ise davacının borçlu olmadığını bilmesine rağmen (kredi sözleşmesinde yer alan imzanın ona ait olmadığını tespit edilmesi nedeniyle) kullanmak istediği arıcılık kredisini talep edebilmek için borcunu kapatması gerektiğinin söylenmesi üzerine ve kendisi lehine bankaya yatacak olan kamulaştırma bedelinin bulunduğu hesaba banka tarafından blokaj konulacağı düşüncesiyle yaptığı ödemenin iadesinin TBK m. 78 kapsamında talep edilemeyeceğine hükmetmiştir⁵². 11. Hukuk Dairesinin mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verdiği bir kararında ise hem gabin hem borçlanılmamış edimin ifası bakımından değerlendirme yapılmakla beraber her iki hüküm bakımından da zamanaşımı süresinin geçtiğinden esasa girilmemiştir⁵³. Ancak irade sakatlığına ilişkin hükümler, borçlandırıcı işlemin kurulmasına yönelik iradenin sakatlandığı halleri ve bunun sonuçlarını düzenler. TBK m. 78 ise, hukuki işlemle mi maddi fiille mi gerçekleştiği önem arz etmeksizin⁵⁴, ifanın gerçekleşmesine yönelik iradenin sakatlandığı hallerde özgür iradenin oluşmamasına ilişkindir.

2. Borçlu Olduğu Hususunda Yanılma

Önceki başlıkta açıklandığı üzere TBK m. 78 özgür iradenin oluşmadığı hal olarak kişinin borçlu olduğu hususunda yanıldığını ispatlamasını örnek olarak saymıştır. TBK m. 78'in sebepsiz zenginleşme talebini engellememesi için borçlunun kural olarak “kendisini borçlu sanarak” ifada bulunmuş olması gerekir.

olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebinin (*condictio indebiti*) gündeme geleceğini savunmaktadır, bkz Serozan ‘TBK m. 78’ (n 2) 1221 N 6-7.

49 Reisoğlu (n 18) 157-158; Öz (n 1) 91; Von Tuhr ve Peter (n 12) 486; Gauch, Schluep ve Schmid (n 3) 396 N 1538; Huguenin (n 15) 552 N 1808a. Buna karşılık Oğuzman ve Öz, üzerinde rehin hakkı kurulan malını kurtarmak için borç olmayan şeyi ifa eden kişinin sebepsiz zenginleşme talebi bakımından TBK m. 78'in doğrudan değil, kıyasen uygulanabileceği görüşündedir, bkz Oğuzman ve Öz (n 5) 373 N 1026.

50 Gauch, Schluep ve Schmid (n3) 396-397 N 1539a.

51 Yargıtay 11 HD, E 2020/2458 K 2020/3822, 5.10.2020.

52 Yargıtay HGK, E 2017/19-1308 K 2018/1932, 13.12.2018.

53 Yargıtay 11 HD, E 2010/8219 K 2011/12443, 10.10.2011.

54 Türk ve İsviçre hukuklarında ifanın hukuki niteliğine ilişkin hâkim görüş olan sınırlı sözleşme görüşüne göre ifa bir tasarruf işlemiyle gerçekleşebileceği gibi bir maddi fiille de gerçekleşebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz M. Murat İnceoğlu, ‘İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu’ (2005) 54/4 (2005) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 154.

Bu hüküm bağlamında aranan yanılma olgusunun, TBK m. 30 anlamında irade sakatlığı hallerinden yanılma ile örtüşüp örtüşmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre buradaki yanılma, irade sakatlığı hallerinden yanılma ile aynı nitelikte değildir⁵⁵. Diğer bir görüşe göre buradaki yanılmanın hukuki sonuçları TBK m. 30-35 hükümlerinden farklı olsa da TBK m. 78'de saik yanılması aranmıştır⁵⁶.

TBK m. 78'in uygulaması açısından yanılmanın dayanağı ya da niteliği önem taşımaz. Borçlu olduğu noktada yanılıya düşen kişinin yanılmasının esaslı olması ya da mazur görülebilir bir gerekçeye dayanması gerekmez⁵⁷. Önemli olan, kişinin bağışlama amacı olmaksızın ifada bulunmasıdır. Bu kapsamda borçlu, maddi veya hukuki bir gerekçeye dayanarak yanılmış olabilir.

3. İhtirazi Kayıt İleri Sürerek İfada Bulunmak

Bazı hallerde kişiler, borçlu olup olmadığı ya da borcunun miktarı konusunda şüpheye düşmesine rağmen ileride hukuki durumunun kötüleşmemesi için ihtirazi kayıt (*Rückforderungsvorbehalt*) ileri sürerek ifada bulunmuş olabilir. Örneğin; ileride dava veya icra tehdidi altında olmak istememesi, işleyecek faiz ya da sözleşme cezası nedeniyle borcunun kapsamının artacağından endişelenen kişinin ihtirazi kayıt ileri sürerek ifada bulunması ona makul görünmüş olabilir. Bu durumda kişinin borçlu olup olmadığı noktasında şüpheye düşmesine rağmen ifada bulunması, ileride sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmasını engeller mi?

Bu noktada geçmişte öğretide farklı görüşler savunulmakla beraber⁵⁸, bugün neredeyse tartışmasız olarak kabul edilen görüşe göre borçlu, tereddüde düşmesine rağmen bu yönde bir ihtirazi kayıt ileri sürerek ifada bulunmuş olması şartıyla sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir⁵⁹. Nitekim Yargıtay da ihtirazi kayıt ileri sürülerek yapılan ifalar açısından TBK m. 78 kapsamında iade talep edilebileceğini kabul etmektedir⁶⁰. Belirtmek gerekir ki, tereddüt halinde kişinin asıl yapması gereken, borçlu olup olmadığı ve borcun dayanağı hakkında yeterli araştırmayı yürütmektir. Bununla beraber, tereddüde düşmekte makul ve haklı nedenleri olan ancak şüpheli makul bir süre içerisinde giderme imkânı da bulunmayan kişi, şartları varsa ihtirazi kayıt yoluyla ortaya koyduğu üzere borcun özgür iradeyle ifa edilmemiş olmasına dayanabilir. Burada önemli olan özgür iradeyle

55 Kılıçoğlu, hatanın esaslı olmasının şart koşulmamasını, TBK m. 78'de TBK m. 30 anlamında yanılmanın aranmamasına bağlamaktadır, bkz Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi Yayınları 2019) 656.

56 Oğuzman ve Öz (n 5) 369-370 N 1014-1015; Antalya (n 43) 704 N 3067.

57 Guhl ve Koller (n 7) 224 N 18; Schulin ve Vogt 'Art. 63' (n 5) 523 N 4; Becker (n 26) 344 N 11. Kılıçoğlu (n 57) 656; Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 395 N 1534; Chappuis 'Art. 63' (n 5) 687-688 N 8; Oğuzman ve Öz (n5) 370 N 1019; Hahn 'Art. 63' (n 3) 450 N 5; Gelbhaus (n 31) 410 N 1 ve 3.

58 Bu görüşler hakkında bkz Reisoğlu (n 18) 164-165; Öz (n 1) 90-91.

59 Türk hukukunda Reisoğlu (n 18) 157; Serozan *Borçlar Genel* (n 1) 459 N 11; Serozan TBK m. 78 (n 2) 1225 N 26; Hahn 'Art. 63' (n 3) 450 N 5. İsviçre hukukunda Schulin ve Vogt 'Art. 63' (n 5) 523 N 154; Hugueni, (n 15) 552 N 1808a; Dominik Bopp 'Der Rückforderungsvorbehalt' (2022) 6 Aktuelle Juristische Praxis 541-542; Koller, 'Konditionssperre' (n 3) 469. Von Tuhr ve Peter'e göre ise ihtirazi kayıt ileri sürülerek ifa halinde iade talebinin baki kalması TBK m. 78'e değil; alacaklının bu ihtirazi kayıtlı beraber ifayı kabul etmesine dayanır, bkz von Tuhr ve Peter (n 12) 484.

60 Yargıtay 10 HD, E 2013/10849 K 2014/5116, 10.3.2014; Yargıtay 19 HD, E 2014/913 K 2014/2819, 12.2.2014. Ayrıca Ankara BAM 23 HD, E 2021/163 K 2021/352, 7.12.2020.

ifada bulunulmadığının ortaya koyulmasıdır. Aksi halde şüpheye rağmen ifada bulunan kişi, ifayı bağışlama sebebiyle yapmış sayılır ve iade talep edemez⁶¹.

III. İSPAT YÜKÜ

Condictio indebiti'ye dayanan iade talebi ileri süren kişi; zenginleşen kişiye borçlu olmadığını, borçlu olmadığı bir edimi ifa amacıyla (*causa solvendi* ile) yerine getirdiğini ve özgür iradeyle ifada bulunmadığını –kanundaki örnekle kendisini borçlu sandığını – ispatlamalıdır⁶². İspat yüküne ilişkin genel kuralın bir görünümü niteliğindeki bu esas,⁶³ Roma hukuku döneminden beri kabul edilmektedir⁶⁴. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de yakın tarihli bir kararında, ispat yükünün dağılımına ilişkin kurala paralel olarak, kendisine ibraz edilen bonoları ödedikten sonra bonoların altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ve yanılarak ödemedede bulunduğunu iddia eden kişinin talebini, yanılma olgusunu ispatlayamadığı için reddetmiştir⁶⁵.

Ancak kişinin iradesinin oluşumunda muhakemesinin sekteye uğradığını ispatlaması oldukça güç olduğundan, borçlu olmadığını ve ifa amacıyla hareket ettiğini açıkça ortaya konması halinde yanılmanın varlığı noktasında katı bir ispat ölçüsü aranmaması gerekir⁶⁶. Örneğin; ifada bulunan kişinin bir haktan vazgeçtiği fiili karine olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir⁶⁷.

IV. TBK M. 78'İN UYGULAMA ALANININ SINIRLARI

A. GENEL NORM OLARAK TBK M. 77 İLE SINIRININ ÇİZİLMESİ

TBK m. 78'in, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel norm olan TBK m. 77 ile ilişkisi üç soru kapsamında açıklanabilir. Bu kapsamda ilk olarak TBK m. 78'in getirdiği sınırlamanın hangi edim zenginleşmeleri bakımından uygulanabilir olduğu açıklanacak, daha sonra her iki tarafça geçersizliği bilinen sinallagmatik sözleşmeler bakımından ifa edilen edimin iadesinin ve değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük halinde fazla ifa edilen edimin iadesinin TBK m. 78'in şartlarına takılıp takılmayacağı incelenecektir.

61 Eren ve Dönmez (n 13) 1842-1843 N 14.

62 Von Tuhr ve Peter (n 12) 486-487; Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 395 N 1534; Antalya (n 43) 704 N 3065. İspat yükünün davacı olduğuna ilişkin "BK m.78'e göre bir kimse borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getirirse, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir. Mahkemece açıklanan hususlar dikkate alınarak ispat yükünün davacı da olduğu kabul edilip değerlendirilmesinden sonra bir karar verilmesi gerekirken..." bzk Yargıtay 19 HD, E 2016/11904 K 2017/5980, 18.9.2017. Aynı yönde bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bzk BGER 4C.212/2002 19.11.2002, n 4.3; BGE 123 III 101 N 3.

63 Von Tuhr ve Peter (n 12) 486.

64 İspat kuralının Roma hukukunda Digesta'nın Yirmi İkinci Kitabına dayandığına ilişkin bzk Günel (n 15) 103-105.

65 Yargıtay 19 HD, E 2018/1148 K 2020/708, 1.6.2020.

66 Schulin ve Vogt 'Art. 63' (n 15) 525 N 9. Aksini savunan Becker ise ispat yükünü hafif değerlendirilmemesi ve şüphe halinde ifayı kabul eden iyiniyetli kişinin korunması gerektiğini belirtmektedir, bzk Becker (n 26) 345-346 N 13.

67 Becker (n 26) 345-346 N 13.

1. Özgür İradeyle İfada Bulunma Şartının Arandığı Edim Zenginleşmeleri

TBK m. 78'in, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TBK m. 77 açısından bazı sınırlamalar getirdiği yukarıda açıklanmıştır. Bu bağlamda ilk soru, bu sınırlamaların yalnızca geçerli sebebe dayanmayan borcun ifasına özgü şartlar olup olmadığıdır. Bir görüşe göre TBK m. 78 yalnızca geçerli olmayan sebebe dayanan kazandırmalar bakımından uygulanır; diğer edim zenginleşmeleri olan gerçekleşmemiş sebebe dayanan kazandırmalar ile sona eren sebebe dayanan kazandırmalar açısından uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁶⁸. Örneğin; doğumu geciktirici şarta bağlı olan borcun şartın gerçekleşmesinden önce ifa edilmesi, faizin henüz işlemeye başlamadan ödenmesi, borcun itfa edilmesi, gerçekleşmeyen bir evlilik için karşı tarafa hediye verilmesi gibi hallerde genel hüküm olan TBK m. 77 uygulanır ve edimi ifa eden kişinin, sebebin gerçekleşmeyeceğini bilip bilemeyeceği ve bu konuda yanılıp yanılmadığı incelenmez⁶⁹. Kanımızca gerçekleşmemiş sebebe dayanan kazandırmalarda sebebin gerçekleşmeyeceğinin belli olduğu ve sona eren sebebe dayanan kazandırmalarda sebebin sona erdiği andan sonra gerçekleşen kazandırmalar bakımından da borç olmayan şeyin ifası söz konusudur. Bu sayılan durumlarda önem arz eden, hangi tür edim zenginleşmesinin bulunduğu değil, ifada bulunanın sebebin gerçekleşmeyeceğinin belli olması veya sebebin sona ermesi nedeniyle hukuki sebep mevcut olmamasına rağmen ifada bulunmasıdır. Bu durumda da TBK m. 78 kıyasen uygulanmalıdır.

2. Geçersiz Sinallagmatik Sözleşmelerde İfa Edilen Edimin İadesi

İkinci olarak bazı hallerde borçlanılmamış edimin ifası bakımından TBK m. 78 yerine genel norm olan TBK m. 77'nin uygulanması gündeme gelebilir. Bunun sebebi, geçerli sebebe dayanmayan sebepsiz zenginleşme talebinin TBK m. 78/1 ile engellenmesinin, adil olmayan hatta kanunun ruhuna aykırı sonuçlara sebebiyet verebilmesidir. Örneğin; geçerli olarak kurulmamış bir sinallagmatik sözleşmede bir taraf geçersizliği bilmesine rağmen borcunu ifa etmiş, diğer taraf ise geçersizliğe dayanarak borcunu ifa etmekten kaçınıyor olabilir. Bu durumda geçersizliği ileri süren tarafın, karşı tarafın edimini özgür iradesiyle ve yanılığa düşmeksizin ifa ettiği savunmasıyla iadedden kaçınması kabul edilemez. Aksi takdirde ifada bulunan kişinin sebepsiz zenginleşme talebinin⁷⁰ TBK m. 78 ile engellenmesi, kanunun amacına aykırı düşer⁷¹. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına da konu

68 Von Tuhr ve Peter (n 12) 487; Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 394 N 1531; Eren ve Dönmez (n 13) 1838 N 6; Ayrıca krş Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1225 N 30.

69 Von Tuhr ve Peter (n 12) 489.

70 Şüphesiz burada bahsedilen sebepsiz zenginleşme talebi, tasarruf işleminin sebebe bağlı olmadığı hallerde veya geçersiz sözleşmeyle taahhüt edilen borcun bir yapma borcu olduğu hallerde söz konusu olur. Sebebe bağlı tasarruf işlemlerinde ise iade, haksız zilyedin iade sorumluluğuna ilişkin kurallara tabidir. Geçersiz sözleşmeden doğan iade talebi hakkında bilgi için bkz Burak Özen, *Haksız Zilyedlikte İade* (Beta 2003) 49 vd.

71 Von Tuhr ve Peter (n 12) 489; Guhl ve Koller (n 7) 224 N 20; Koller, 'Konditionssperre' (n 3) 469. Serozan ise burada yaratılan güvenin boşa çıkması nedeniyle sona eren sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme talebi gündeme gelir ve bu talep de TBK m. 78'in uygulama alanına girmez görüşündedir, bkz Serozan, 'TBK m. 78' (n 2) 1225 N 29-30. Aynı görüşte ayrıca bkz Oğuzman ve Öz (n 5) 372 N 1023; Gauch, Schlupe ve Schmid (n 3) 406 N 1577; Hahn 'Art. 63' (n 3) 449 N 3; Gelbhaus (n 31) 410 N 3. Geçerli olmayan bir kredi sözleşmesine dayanarak kredi miktarı teslim eden kişinin, TBK m. 78'deki şartlara takılmadan sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürerek kredi sözleşmesinde öngörülen geri ödeme tarihini beklemeden krediyi geri isteyebileceğine ilişkin bkz Koller, 'Konditionssperre' (n 3) 469.

olan bu örnekte m 78/1'in (OR 63) sebepsiz zenginleşme talebini engellemeyeceği, m. 77 (OR 62) gereği sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir⁷².

İsviçre Federal Mahkemesi anılan kararında, borcun geçersiz olduğunu bilmesine rağmen ifade bulunan kişinin iade talebinin OR 62'ye dayandığını kabul ederek ifade bulunan kişiyi '*kendisini borçlu sanarak*' ifade bulunduğunu ispat etmesini aramamıştır. Kanımızca bu konu kapsamında TBK m. 78 uygulansa dahi sebepsiz zenginleşme talebinin engellenmemesinin sebebi, ifade bulunan kişinin *causa donandi* ile hareket ettiğinin söylenememesidir. Ancak bu durumda borçlunun, karşı edimin ifa edileceğini sanarak ifade bulunduğunu ispat etmesi yeterli görülmelidir. Bu takdirde TBK m. 78 hükmü uygulansa dahi sebepsiz zenginleşen bir engelle karşılaşmaz.

3. Değiştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük Halinde Fazla İfa Edilen Kısımın İadesi

Son olarak TBK m. 78'deki şartlara takılmaksızın borç olmayan şeyin m. 77'ye göre iadesi, değiştirilmiş kısmı hükümsüzlük teşkil eden hallerde de gündeme gelebilir⁷³. Örneğin; TTK m. 1530'a göre yasal sınırların üzerinde taahhütler içeren sözleşmeler açısından edimin sınırı aşan miktarının iadesinin hata ile ifa edilmemiş dahi olsa talep edilebileceği kabul edilmiştir (TTK m. 1530/1-c.2)⁷⁴.

Kısmi hükümsüzlüğün gündeme gelebileceği bir diğer konu ise kira sözleşmesi bakımından yenilenen kira dönemlerinde değişen kira bedellerine ilişkin anlaşmalardır. *İnceoğlu*'na ve *Özen*'e göre kira bedelindeki artışa ilişkin anlaşmanın TBK m. 344'te öngörülen sınırlardan fazla olması halinde, kiracı ihtirazi kayıt ileri sürmeden ödeme yapmış olsa dahi, fazla ödenen kısım sebepsiz zenginleşme teşkil eder⁷⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de bu durumda kiracının sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebinin varlığını kabul etmektedir⁷⁶. Kanımızca kiracı, tüketici, işçi gibi sosyal veya ekonomik açıdan zayıf sözleşmenin korunmasına yönelik hükümler nisbi emredici nitelikte olduğu için sözleşmenin kurulduğu an kadar sözleşme süresi boyunca da bu hukuki koruma baki kalır. Kira bedelinin artışına ilişkin sınırlama getiren TBK m. 344 ve ilgili diğer hükümler (08.06.2022 tarihli ve 7409 sayılı Kanunun 4. Maddesiyle eklenen Geçici Madde 1 ile 14.07.2023 tarihli ve 7456 sayılı Kanunun 23. Maddesiyle eklenen Geçici Madde 2) emredici hüküm niteliğinde olduğundan yeni kira döneminde yasal sınırı aşan artış, fazla ifa niteliğindedir. Bu nedenle ihtirazi kayıt⁷⁷ ileri sürerek ödemede bulunan kiracı yasal sınırı aşan kısım için iade talep edilebilir.

72 TF, 2C_824/2015 N 3.6; ATF 115 II 28 N 1a. Federal Mahkemenin bu kararındaki yaklaşımda, Theo Guhl ve Walter R. Schlupe'in görüşünün etkisi olduğu belirtilmektedir, bkz Chappuis 'Art. 63' (n 5) 689 N 11.

73 Kılıçoğlu (n 57) 657; Serozan 'TBK m. 78' (n 2) 1225 N 27.

74 Kılıçoğlu (n 57) 657.

75 Murat İnceoğlu, Kira Hukuku Cilt II (On İki Levha Yayınları, 2014) 129; Burak Özen, 'Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi' iç *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Cevdet Yavuz'a Armağan* (Legal Yayınları, 2012) 2038; Ayrıca krş Von Tuhr ve Peter (n 12) 485.

76 ATF 130 III 504 N 6.2; BGer, 3.3.2017 4A_637/2016 N 3; BGer, 7.7.2008, 4A_198/2008 N 3.1 ve N 3.5; BGer, 20.06.2005 4C-96, 2005 N 1.2.2.

77 İhtirazi kayıt ileri sürülmesinin sebepsiz zenginleşme talebini engellemeyeceğine ilişkin bkz. Başlık II.B.3.

B. FAZLA İFA HALİNDE SÖZLEŞMEYE DAYANAN İADE TALEBİYLE SINIRININ ÇİZİLMESİ

1. Fazla İfa Halinde İade Talebinin Dayanağına İlişkin Öğretideki Görüşler

Borcun kaynağı olarak sözleşmeye dayanan talep ve sebepsiz zenginleşmeye dayanan talep arasında yarışma ilişkisi bulunmaz⁷⁸. Nihayetinde sebepsiz zenginleşme, iade talebinin geçerli bir sebebe dayanmaması halinde gündeme gelir. Geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde ise kazandırmanın hukuki sebebi sözleşmeden doğan borcun ifasıdır⁷⁹. Başta sözleşmeden doğan alacağı ifasına ilişkin talep hakkı olmak üzere sözleşmeden doğan alacak haklarının varlığı, sebepsiz zenginleşme talebini engeller⁸⁰. Bu nedenle bir hukuki sebebin bulunması halinde sözleşmeye dayanan talep ileri sürülebilir. Buna karşılık, borçlunun taraf olduğu sözleşme kapsamında borçlanılan edimden fazla ifade bulunması halinde, fazlaya ilişkin kısmın iadesine yönelik talebin sebepsiz zenginleşmeye mi sözleşmesel bir talebe mi dayandığı tartışmalıdır.

Öğretide klasik yaklaşım olarak adlandırılan görüşe göre sözleşmeyle borçlanılandan fazla edimin ifası halinde iade, sebepsiz zenginleşme talebine dayanır⁸¹. Diğer bir görüşe göre ise borçlanılandan fazla ifa halinde belirli şartlarda iadenin sözleşmesel talebe dayanması gerektiği savunulmaktadır⁸². İki görüşün pratik farkı, iade talebinin tabi olduğu rejimin farklılığının hukuki sonuçlarından kaynaklanır. Öncelikle, sözleşmesel sorumluluğa dayanılması halinde iade alacaklısının TBK m. 78'deki gibi kendini borçlu sanarak ifade bulunduğunu ispatlaması gerekmez. Ayrıca, sebepsiz zenginleşme alacaklısı, zenginleşmenin geçerli sebebe dayanmadığını ispat yükü altında olmanın yanında alacağını talep etmek için de daha kısa bir zamanaşımı süresine tabidir. Diğer yandan, iade borçlusunun iyiniyetli olması halinde, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğü kapsamında, talep anında zenginleşmenin elinde kalmadığı savunmasında bulunarak iade talebini bertaraf etmesi mümkündür⁸³.

78 Christine Chappuis, 'L'enrichissement illégitime écarté par le contrat' L'évolution récent du droit des obligations (2004) 27..

79 Sebepsiz zenginleşme davası asli niteliktedir. Sebepsiz zenginleşmenin tali nitelikte olduğunu kabul eden görüşe göre ise sebepsiz zenginleşme talebi tali niteliktedir. Bunun anlamı, istihkak davası, sözleşme veya haksız fiile dayanan bir davanın şartları oluştuğu takdirde, şartları mevcut olsa bile sebepsiz zenginleşme davasının açılmamasıdır. Buna karşılık, kabul ettiğimiz diğer bir görüşe göre, bu durumlarda sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talebin ileri sürülmemesinin nedeni, sayılan diğer davaların şartlarının oluşmasının sebepsiz zenginleşmenin şartlarının oluşmasını engellemesidir. Ancak diğer davaların açılmaması halinde hakkaniyet gereği sebepsiz zenginleşme davasının açılması kabul edilmelidir. Örneğin; istihkak davası açılmayan hallerde haksız fiil davası yerine ya da vekâletsiz iş görmeye göre talep edilemeyecek kalemler için sebepsiz zenginleşme davası açılabilir. Sebepsiz zenginleşme davasının asli-tali niteliği hakkında detaylı açıklama için bkz. Kürşat Nuri Turanboy, 'Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği' (1997) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 98-101.

80 Turanboy (n 76) 102.

81 Reisoğlu (n 18) 39; Öz (n 1) 86.

82 Taraflar arasındaki örtülü anlaşmanın varlığının dar kapsamda yorumlanması gerektiği, örneğin sözleşmede geçici ödemelerin öngörülmüş olması gibi unsurların aranacağı görüşünde bkz Barış Demirsatan, 'Türk Borçlar Kanunu'nun 78. Maddesinin Uygulama Alanına İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14. 3. 2012 Tarih ve E. 2011/13-748 K. 2012/140 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi' *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (2013) 52(2) 573.

83 Vedat Buz, 'Rückforderung von Zuvielleistungen' (2016) 7 Aktuelle Juristische Praxis 899-900.

İkinci görüşü savunan pek çok yazara göre iade talebinin sözleşmesel nitelikte olması, esasen her fazla ifa bağlamında uygulama alanı bulmaz. *Bucher*'e ve onu takip eden diğer yazarlara göre yapılan akont ödemenin (*Akontozahlung*) (*paiement acompte*) taraflar arasındaki sözleşme kapsamında kararlaştırılması halinde, yapılan ödemelerin nihai olarak hesaplanacak sözleşme bedelini aşması halinde fazlaya ilişkin kısmın iade edileceğine ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede yer alan bir örtülü anlaşmaya dayandığı kabul edilir⁸⁴. Buna karşılık ödemede bulunan sözleşme tarafı, sözleşmede akont ödeme kararlaştırılmamasına rağmen herhangi bir nedenle (örneğin; dikkatsizliği veya umursamazlığı sonucu) fazla ödemede bulunursa, bu takdirde fazlaya ilişkin kısmın iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine ve bu kapsamda TBK m. 78'e (OR 63 Abs. 1) tabidir⁸⁵. *Buz* ise bu görüşün uygulama alanını bir adım ileriye taşıyarak, sözleşmesel talebin gündeme gelmesi için taraflar arasında en azından örtülü bir anlaşma bulunması gerektiği fikrine de karşı çıkarak bir sözleşme çatısı altında gerçekleşen bütün fazla ifa hallerinde fazlaya ilişkin kısmın iadesinin sözleşme sorumluluğu rejiminin avantajlı kurallarına tabi olması gerektiğini savunmaktadır⁸⁶. Yazara göre İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında kira, kullanım ödücü ve tüketim ödücü gibi sözleşmelerde sözleşme konusu şeyin iadesine yönelik talebin sözleşmesel nitelikte olması da bunu desteklemektedir⁸⁷. Üstelik eksik ifa halinde alacaklının talebinin sözleşmesel nitelikte olması, fazla ifa halinde borçlunun talebinin ise sebepsiz zenginleşmeye dayanması adil değildir⁸⁸. *Demirsatan* ise zımni anlaşmanın aranması gerektiğini kabul etmekle beraber bu durumda sözleşmeden doğan borcun ifasının borçlu tarafından yapılması ile üçüncü kişi tarafından yapılması halinde iadenin farklı rejimlere tabi olması sonucunu adil bulmamaktadır.⁸⁹

Modern sorumluluk hukukunda sözleşme dışı sorumluluk alanını sözleşmesel alana çekme eğilimi, sebepsiz zenginleşmenin alanını da sınırlamaktadır. Bu yaklaşımın ardında yatan sebep, sözleşme müzakerelerine başlayan taraflar için, potansiyel olarak her kişinin taraf olabileceği haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinin taraflarına nazaran daha korunaklı bir hukuki alan yaratmaktadır. Sözleşme çatısı altında gerçekleşen fazla ifa halinde iade talebinin sözleşmesel sorumluluk kurallarına tabi olması da aynı düşüncenin yansıması olarak görülebilir. Bu noktada akont ödemelere yönelik iadeye ilişkin örtülü anlaşmanın varlığını kabul eden görüş, iadenin sözleşmesel sorumluluk alanına geçmesini buna dayandırmaktadır.

Kanımızca fazla ifa halinde iadenin hangi hukuki temele dayanacağı sorusu, birbirinden bağımsız temellere dayanan ve birbirine alternatif nitelikte iki gerekçeyle sözleşmesel sorumluluğa dayanan

84 Eugen Bucher, *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht* (1983) 102(2) *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 331; Peter Gauch, *Der Werkvertrag* (Schulthess 2019), (n 1270) 607-608; Chappuis, *l'enrichissement illégitime* (n 80) 37; kısmen Buz, *'Zuvielleistung'* (n 83) 903.

85 Bucher (n 84) 331-332.

86 Buz, *'Zuvielleistung'* (n 83) 908. Yazara göre, sözleşme çatısı altındaki iade taleplerinin sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olması, kira ve ödünç sözleşmeleri bakımından kanun koyucu tarafından doğrudan kabul edilmiştir. Bu nedenle bu yaklaşımın izleri, kanunda da bulunmaktadır.

87 Buz, *'Zuvielleistung'* (n 83) 908.

88 Buz, *'Sözleşmede Kararlaştırılardan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı'* iç XXI. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 9-10 Aralık 2005* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2006) 148.

89 Demirsatan (n 82) 574-575.

bir talep hakkının bulunduğu cevabıyla yanıtlanmalıdır. İlk olarak tartışmanın temelindeki sorun; geçersiz, irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmiş ya da dönme nedeniyle hükümsüz kalmış bir sözleşmeden doğan ve ifa edilmiş edimlerin tasfiyesi ile benzer bir temele dayanmaktadır. Sözleşmenin iptali, sözleşmeden dönme ve fazla ifanın iadesi farklı hukuki temellere dayansa da nihayetinde bir sözleşme ilişkisi altında ifa edilmiş edimlerin tasfiyesi sonucunu doğurur⁹⁰ Bilindiği gibi sözleşmeden dönme halinde tasfiyenin dönüşüm teorisi kapsamında sözleşmesel sorumluluk rejimine göre yapılması İsviçre hukukunda hâkim görüş⁹¹ olup Türk hukukunda da kayda değer sayıda yazar tarafından savunulmaktadır⁹². Dönüşüm teorisine göre tasfiye edilmesi görüşü, sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle iptalinde de son yıllarda giderek artar şekilde savunulmaya başlanmıştır⁹³. Esasen sözleşmeden dönmenin sonuçları açısından geliştirilmiş olan dönüşüm teorisinin iptal halinde ifa edilmiş edimlerin iadesinin tabi olduğu rejim olarak da benimsenmesi, hukuki dayanakları farklı olsa da, temelde sözleşme dönme ve sözleşmenin iptali halinde tasfiye ilişkisinin birbirinden farksız olduğu düşüncesine dayanır. Fazla ifa halinde fiilen ifa edilen ile borçlanılan edim arasındaki farkın iadesinin tabi olduğu tasfiye rejimi de, tasfiyeyi başlatan kurumun farklılığı bir kenara bırakılırsa, dönme ve iptaldekinden farksızdır. Bu nedenle geçerli ve hüküm doğuran bir sözleşmeden doğan edimin fazla ifası halinde de dönüşüm teorisine ve dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk rejimine başvurmak makuldür. İkinci gerekçe ise akont ödemeler dışında da fazla ifayı alan sözleşme tarafının, fiilen gerçekleşen ifanın sözleşme ile borçlanılan edimden fazla olduğunu karşı tarafa bildirme ve iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğünün bulunduğu kabulüne dayanır. Hukuki niteliği dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan yükümlülük olan bu iade yükümlülüğü, sözleşme konusunu ve tarafların sözleşmeyi akdetmekle ulaşmak istedikleri amacı ilgilendirmemekle beraber karşı tarafın bütünlük menfaati altında bir değer olarak malvarlığını koruma amacı güder. Bu nedenle bu yükümlülüğün ihlali halinde taraflar arasındaki sözleşme ile bağlantılı iade taleplerinin sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olması gerekir.

2. Yargı Uygulamaları

Akont ödemelerin sözleşme bedelini aşması halinde taraflar arasında iadeye yönelik bir örtülü anlaşmanın bulunduğu kabulü nedeniyle iade talebinin sözleşmeye dayandığı görüşü, önce İsviçre Federal Mahkemesi, daha sonra Yargıtay uygulamasında kabul görmüştür.

90 Aksi görüşte olan Buz'a göre ise geçersiz veya sonradan ortadan kalkmış bir sözleşmeye dayanarak ya da sözleşmeyle üstlenilenden farklı kapsamda edimin ifa edildiği haller farklı değerlendirilir. Bu durumlarda tasfiye ilişkisi sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde incelenir, bkz Buz 'Fazla İfa' 134. Yazar, baştan itibaren geçerli olan bir sözleşmenin taraflarının, sözleşme ilişkisine dair her tür taleplerinin sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olması gerektiğini savunmaktadır, bkz Buz, 'Fazla İfa' (n 88) 150.

91 İsviçre hukukunda hâkim görüş olduğuna ve yargı kararlarında da benimsendiğine ilişkin bkz. Schwenzler/Fountoulakis (n 2) 525 N 66.33; Huguenin (n 15) 302 N 960.

92 Dönüşüm teorisinin İsviçre ve Türk hukuklarında giderek ağırlık kazandığına ilişkin birçokları yerine bkz. Eren ve Dönmez (n 13) 2430 N 21.

93 Bruno Schmidlin ve Arnaud Campi, Art 31 iç *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1 - 252 CO, partie générale, contrats innommés, vente et donation* (3. Baskı, Helbing Lichtenhahn 2019) 307 N 27; Huguenin (n 15) 180 N 583; Schwenzler/Fountoulakis (n 2) 326 N 39.07; Erhan Kanışlı, *İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma* (On İki Levha Yayınları, 2018) 599 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi BGE 107 II 220 kararında eser sözleşmesi bakımından iş sahibinin yükleniciye yaptığı ödemelerin fazla hesaplandığının ortaya çıkması halinde iade talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayanacağına karar vermiştir. Bu kararı eleştiren bazı yazarlar ise taraflar arasında sözleşme bedeline ilişkin hesabın net yapılamadığı ve ifa edilen edimin bir kısmının geri alınacağına ilişkin bir zımni anlaşmanın bulunduğu kabul edilebiliyorsa bu takdirde iade talebinin sözleşmeye dayanacağını belirtmiştir⁹⁴. Nitekim Federal Mahkeme, benzer bir olay için yıllar sonra verdiği bir başka kararında (BGE 126 III 119), iş sahibinin yaptığı ödeme ile tahakkuk eden sözleşmesel borç arasındaki farkın iadesinin sözleşmesel sorumluluk rejimi kapsamında (ve buna bağlı olarak sözleşmeden doğan alacağı uygulanacak zamanaşımı süresi içinde) istenebileceğine hükmetmiştir⁹⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, Federal Mahkemenin bu konudaki kararlarının istikrarlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Eser sözleşmesinden doğan iş bedelinin akont ödenmesine ilişkin bazı kararlarda, akont ödemenin kararlaştırılmasının cari hesap niteliğinde olup yüklenici hesabına yapılan ödemelerin sona ermesi üzerine fiilen ödenen bedelin (hesap sonucunun) ortaya çıkması halinde bunun yenileme niteliğinde olduğu, bu nedenle fazla ödenen bedelin iadesinin artık sözleşme kapsamında kabul edilemeyeceği, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir iade talebinin var olduğu kabul edilmiştir⁹⁶.

Yargıtay da bazı kararlarında sözleşme kapsamında yapılan fazla ödemelerin iadesinin sözleşmesel talebe dayandığına ve sözleşmeden doğan alacağı uygulanacak zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin; mevduat hesabı sahibi davalıya banka tarafından fazla ödeme yapılması halinde iadenin sözleşme zamanaşımına tabi olduğunu⁹⁷, askeriyedeki görevinden ayrılan kişinin imzaladığı yüklenme senedi çerçevesinde yaptığı ödemenin iadesinin sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olduğunu⁹⁸, (koşulları gerçekleşmediği anlaşılan) sözleşmenin cezai şartlara ilişkin düzenlemeleri kapsamında kesilen faturaların davacı tarafından ödenmesi halinde iade talebinin sözleşmeye dayandığını ve sözleşmesel zamanaşımı süresine tabi olduğunu⁹⁹ kabul etmiştir. Ayrıca Hukuk Genel Kurulunun 14.03.2012 tarihli bir kararında *Buz*'un görüşlerine ve İsviçre öğretisinde Federal Mahkemenin BGE 107 II 220 kararı¹⁰⁰ üzerine getirilen eleştirilere atıf yapılarak avans ödeme ya da akont ödemelerin yapıldığı sözleşmelerde, taraflar arasında edimin tam miktarının belirlendiği

94 Akont ödeme yapılması halinde taraflar arasında, nihai hesaplamadan sonra fazla ödendiği tespit edilen bedelin iade edileceğine ilişkin zımni bir anlaşmanın bulunduğu, bu anlaşma kapsamında iadenin de sebepsiz zenginleşmeye dayanmayacağı hakkında Bucher ve Gauch'un o dönemdeki görüşleri, daha sonra Federal Mahkemenin bu karardaki görüşünü değiştirmesinde etkili olmuştur, bkz Chappuis, 'L'enrichissement illégitime' (n 80) 33-34.

95 BGE 126 III 119 N 2b.

96 BGr 4C.24/2002 vom 29.4.2002 N 3.3.2; BGr 4A_658/2015N 3.2.

97 Yargıtay HGK, E 2005/11-20 K 2005/34, 9.2.2005.

98 Yargıtay HGK, E 2007/18-330 K 2007/350, 13.6.2007.

99 Yargıtay 23 HD, E 2017/1075 K 2020/1997, 10.6.2020. Aynı tür sözleşme bakımından aynı olay hakkında başka bir karar için bkz Yargıtay 23 HD, E 2019/54 K 2019/2791, 18.6.2019.

100 Kararda eser sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi tarafından, işin tamamlanması sonucu hesaplanacak nihai bedele istinaden akont ödemeler yapılmıştır. İşin tamamlanması üzerinde nihai bedel, fiilen yapılan ödemelere nazaran daha düşük bir miktar olarak hesaplanmıştır. Bunun üzerine iş sahibi, aradaki kısmın iadesini sözleşmesel sorumluluk kapsamında talep etmişse de Federal Mahkeme iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmasına karar vermiştir. Kısmen yayınlanan bu kararda yapılan tartışmanın olaydaki öneminin zamanaşımı süresi olduğu anlaşılmaktadır, bkz BGE 107 II 220 N 3a.

zaman fazla ifada bulunulduğunun ortaya çıkması halinde bakiye kısmın iade edileceğine ilişkin bir zımni anlaşma bulunduğuna, bu takdirde fazla ifanın iadesinin sözleşmesel sorumluluk kapsamında talep edileceğine hükmedilmiştir¹⁰¹.

C. İCRA İFLAS HUKUKUNDAN DOĞAN İSTİRDAT DAVASIYLA SINIRININ ÇİZİLMESİ

İfa talebinin kamu otoriteleri aracılığıyla iletilmesi halinde kişi, borçlu olduğu noktada yanılmasa da bir icra takibi veya ilama istinaden hukuki durumunu kötüleştirmemek için ifada bulunmuş olabilir. Bu takdirde İİK m. 72/7, icra takibi tehdidiyle karşı karşıya geldiği için borcunu ifa edene, istirdat davası ile iade talebinde bulunma imkânı tanımıştır.

Mehaz OR 63 hükmünün aksine TBK m. 78, usul hukuku bağlamında gündeme gelebilecek bu gibi bir iade talebine değinmemiştir. Buna karşılık İsviçre öğretisinde olduğu gibi Türk öğretisinde de konu, iki kanun arasında bağlantı kurularak ele alınmaktadır.

1. İsviçre Hukukunda

OR 63 Abs. 3 borç olmayan edimin iadesine yönelik İcra İflas Kanununa göre yapılacak iade taleplerine ilişkin hükümleri, TBK m. 78 ise daha geniş bir ifadeyle konuyu düzenleyen diğer kanun hükümlerini saklı tutmuştur; ancak OR 63 hükmünde kastedilen düzenleme İsviçre İcra İflas Kanunu m. 86'dır (kısaca 'SchKG 86' olarak anılacaktır). Esasen İsviçre hukukunda da İcra İflas hukukuna atf yapan Abs. 3'ün, 1911 yılında yapılan Revizyon ile hedeflenen borçlar hukuku ve diğer özel hukuk alanlarını uyumlaştırma amacına ne derece hizmet ettiği sorgulanabilir görülmektedir. Zira bu düzenleme olmasaydı da esasen taleplerin yarışmasına ilişkin genel esaslar uygulanarak uygulanacak hükmün tespit edilebileceği belirtilmektedir¹⁰². Bu nedenle TBK m. 78'de olduğu gibi açıkça bir kanuna atf yapılmaması, kanun yapma tekniği açısından daha isabetli bir tercih olarak görülebilir.

101 "Ortaya konulan sözleşme hukukuna hâkim ilkeler, İsviçre Federal Mahkemesi karar ve görüşleri ile gerek yargısal uygulama gerek öğretilerde yer alan görüşler göstermektedir ki, avans/akont ödemelerin kararlaştırıldığı sözleşmelerin, fazla yerine getirilen edimlerin iadesi gerektiğine ilişkin örtülü bir anlaşmayı ihtiva ettiği sonucuna varan İsviçre Federal Mahkemesinin az yukarıda kabul ettiği bu ilke, bir adım daha ileri giderek, geçici nitelikte ödeme yapılmasına ilişkin düzenlemeye yer vermeyen geçerli sözleşmeler bakımından da uygulanmalıdır. Zira, bir sözleşme ilişkisine giren tarafların edim yükümlülüklerinin türü ve kapsamı aralarındaki sözleşmeye göre belirlenir. Geçerli olarak kurulan ve devam eden sözleşme, kararlaştırılan edimlerin hukuki sebebini teşkil eder. Ancak sözleşmenin anlamı, sadece edim yükümlülüklerinin tür ve miktarını tespit etmekten ibaret değildir. Edim yükümlülüklerinin miktarını tespit eden anlaşma aynı zamanda bir sınırlamayı da ihtiva eder. Öteki deyişle, sözleşme taraflarının bu sözleşmeye dayalı olarak talep edebileceği edimlerin miktarı, sözleşmede kararlaştırılanlarla sınırlıdır. Daha fazlasını talep edemezler. Görüldüğü üzere, tarafların edim yükümlülüklerinin miktarını tespit eden ve dolayısıyla sınırlayan sözleşme hükümleri, örtülü olarak, sözleşmede öngörülen fazla yerine getirilen edimlerin iadesi yükümlülüğünü de içerir. Sözleşme, bu sözleşme gereği gerçekleşecek malvarlığı transferlerinin kapsam ve miktarını belirlediği gibi, bu sözleşme gereği karşı tarafa geçeceği öngörülmeden malvarlığı değerlerinin iadesi yükümlülüğünü de bünyesinde barındırır." bzk Yargıtay HGK, E 2011/13-748 K 2012/140, 14.3.2012.

102 Christian Fraefel, *Die Betreuung einer Nichtschuld Haftpflicht - und bereicherungsrechtliche Folgen* (Schulthess 2011) 86-87.

İstirdat davasını (*Rückforderungsklage*) düzenleyen İsviçre İcra İflas Kanunu m. 86 (kısaca 'SchKG 86' olarak anılacaktır), temelde usul hukukunun şekilci kurallarına zamanında uyamamış kişiye isabetsiz olarak başlatılan icra takibinin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için bir *restitutio in integrum* imkânı sunar. Bu noktada hükmün, OR 63 ile aynı amacı güttüğü ancak yanılarak ifade bulunma olgusu yerine icra tehdidiyle ifade bulunma olgusunu esas aldığı belirtilmektedir¹⁰³. Ancak belirttiğimiz gibi, borçlar hukuku literatüründe OR 63 ve TBK m. 78, yanılarak ifade bulunma hali dışında genel olarak özgür iradeyle ifade bulunmama hallerini kapsayacak şekilde düşünülmektedir.

İsviçre öğretisinde OR 63 ve SchKG 86 hükümleri arasındaki ilişkinin niteliği oldukça tartışmalıdır¹⁰⁴. Bir görüşe göre SchKG 86 *lex specialis* olarak öncelikle uygulanırken¹⁰⁵, diğer bir görüşe göre iki hükme dayanan talepler yarıştığından fakirleşen, özellikle SchKG 86'a öngörülen bir yıllık süreye tabi olmaksızın en fazla on yıl içinde OR 63'e dayanarak da iade talebinde bulunabilir¹⁰⁶. Üçüncü bir görüşe göre ise SchKG 86, temelde OR 63'ün icra iflas mevzuatındaki bir görünümünden ibarettir¹⁰⁷. Ancak bu görüşe ilişkin açıklamalar yüzeysel olup iki hükmün ilişkisi hakkında bir açıklama getirmemektedir¹⁰⁸.

2. Türk Hukukunda

Türk usul hukukunda, İİK m. 72/7 uyarınca icra takibine itirazda bulunmamış veya itirazı kaldırılmış borçlunun ödeme yapması halinde ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde¹⁰⁹ genel hükümlere göre istirdat davası açabileceği düzenlenmiştir. İstirdat davası bir eda davasıdır ve cebri icra tehdidi altında ödenen bir miktar paranın iadesi talebini konu alır¹¹⁰. Ayrıca borçlunun icra takibi nedeniyle ödeme yapmış olmasının yanında borçlunun haciz konulan mallarının satılması yoluyla borcun ödenmesi halinde de istirdat davası açılabilir¹¹¹.

İİK m. 72 anlamında borçlu olunmayan edim kavramı açıklanırken bunun maddi hukuka göre tespit edileceği belirtilmekte ve TBK m. 78 için yukarıda belirttiğimiz örnekler sayılmakta; eksik borçlar nedeniyle ise istirdat davası açılmayacağı belirtilmektedir¹¹². Ancak TBK m. 78 ve İİK m.

103 Jan Bangert, Art. 86 SchKG in *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2021) 1070-1071 N 1-2.

104 Görüşler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz Fraefel (n 100) 152 vd.

105 Hahn, 'Art. 63' (n 5) 451 N 7.

106 Dominik Vock ve Martine Aepli, "SchKG 86," Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar (Schulthess Verlag 2017) 538 N 4; Bangert (n 101) 1080-1081 N 29; Becker (n 26) 347 N 19.

107 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Fraefel (n 100) 156 dipnot 583-584.

108 İki hükmün ilişkisi hakkında net bir açıklama getirmeyen bu görüşün eleştirisi için bkz. Fraefel (n 100) 156.

109 Bu sürenin hak düşürücü süre olduğuna ilişkin bkz Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası* (Yetkin Yayınları 2003), 237; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları* (Adalet Yayınları 2016) 493. İsviçre hukukunda aynı doğrultuda bkz. Fraefel (n 100) 221.

110 Muşul (n 105) 465.

111 Kuru (n 105) 238. Buna karşılık Yazar, kişinin ödeme emrine itiraz süresi içinde itiraz etmeksizin borcu icra dairesine ödemesi halinde istirdat davası açamayacağını, mülga BK m. 62 (TBK m. 78) hükmüne dayanabileceğini belirtmektedir, bkz ibid 241.

112 Kuru (n 105) 249 vd; Muşul (n 105) 490; Nihat Yavuz, *Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali Menfi Tespit ve İstirdat*

72 arasındaki ilişkinin niteliği, yani bu hükümler arasında yarışma ilişkisi mi özel hüküm ve genel hüküm ilişkisi mi olduğu ise son derece tartışmalıdır. Türk usul hukuku öğretisinde Kuru, İİK m. 72/7'de öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra TBK m. 78'e göre sebepsiz zenginleşme davası açılmayacağını belirterek¹¹³ iki düzenleme arasında özel hüküm ve genel hüküm ilişkisi olduğunu savunmaktadır. *Postacıoğlu*¹¹⁴, *Umar*¹¹⁵, *Uyar*¹¹⁶ ve *Muşul*¹¹⁷ ise aksi görüşte olup iade talebinin öğrenildiği tarihten itibaren iki yıllık süre içinde sebepsiz zenginleşme davası açılabileceğini belirterek iki hüküm arasında yarışma ilişkisi bulunduğu kabul etmektedir. *Yavuz* da borçlunun dilerse şartları daha ağır olan genel hüküm niteliğindeki TBK m. 78'e dayanan bir sebepsiz zenginleşme davası açabileceğini belirtmektedir¹¹⁸.

3. Değerlendirme

İİK m. 72/7'nin sağladığı ilk kolaylık, yanılma ya da özgür iradeyle hareket etmeme olgusu aramaksızın doğrudan doğruya icra tehdidi altında ödeme yapılmasına sonuç bağlamış olmasıdır. Bununla bağlantılı olarak, ödeme yapan kişi ciddi bir ispat yükünden kurtulmaktadır; çünkü *causa solvendi* ile kazandırmada bulunduğunu ya da yanıldığını ispat yükü altında değildir¹¹⁹. SchKG 86 Abs. 3 bunu, OR 63'ten farklı olarak ödemede bulunan kişinin borçlu olmadığından başka bir hususu ispat yükü altında olmadığını açıkça düzenlemiştir. Açık hüküm bulunmasa dahi İİK m. 72/7'ye göre açılacak istirdat davası açısından da ispat yükünün dağılımı aynıdır.

Sonuç itibarıyla İİK m. 72/7 (SchKG 86) hükmünün niteliği açısından, daha ziyade icra iflas hukukuna özgü ve fakirleşeni ispat yükünden kısmen kurtaran bir düzenleme olduğunu; ancak fakirleşenin dilediği hükme başvurabileceğini kabul etmekteyiz. Özellikle istirdat davası için öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesi halinde fakirleşenin TBK m. 78'e başvurması yararına olur. Ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi bir kararında bir yıllık hak düşürücü sürenin sona ermesinden sonra TBK m. 78'e göre iki yıllık zamanaşımı süresi içinde sebepsiz zenginleşme davası açılmayacağını, davaya konu çekin davacı şirketin imza yetkilisi tarafından imzalanmamış olmasına rağmen icra tehdidi altında ödeme yapılmasının istirdat davasının konusunu oluşturduğunu, sebepsiz zenginleşmenin şartlarının oluşmadığını belirtmiştir¹²⁰. Oysa açıkladığımız gibi, maddi hukuk açısından sebepsiz zenginleşmeye dayanan talepler, esasen istirdat davasını da kapsayan çok daha geniş bir kümedir. TBK m. 78'de yer alan borçlu olunduğu noktasında yanılarak ifade bulunma ise mutlak bir şart değil, özgür iradeyle ifade bulunmama bakımından bir örnek ve bazı kolaylaştırıcı imkânlar taşıyan bir özel hüküm niteliğindedir.

Davaları (Yetkin Yayınları, 2000) 393 vd.

113 Kuru (n 105) 256 ve dn 57'deki yazarlar.

114 İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra İflas Hukuku Esasları* (Vedat Kitapçılık 2010)320-321 N 246.

115 Bilge Umar, 'Türk İsviçre Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme Davası ile Takip Borçlusunun İstirdat Davasının Telahuku' iç *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı* (1968) 674.

116 Talih Uyar, *İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları (İ.İ.Y. m. 72)* (Şafak Basım ve Yayınevi 1984) 979.

117 Muşul (n 105) 496.

118 Yavuz (n 108) 392.

119 Fraefel (n 100) 167-168.

120 İstanbul BAM 16 HD, E 2021/1577 K 2021/1554, 22.9.2021.

V. SONUÇ

TBK m. 78, edim zenginleşmeleri içinde, geçerli bir sebebe dayanmayan bir borcun özgür iradeyle ifa edilmesi hali için sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülmesini engelleyen bir özel düzenleme getirmektedir. Bu kapsamda hukuk düzeninde hiç var olmayan veya geçerli olmayan bir borcun ifası halinde sebepsiz zenginleşme talebine (*condictio indebiti*) TBK m. 77 yerine özel hüküm niteliğindeki TBK m. 78 uygulanır. Bu kapsamda bir kesin def'inin varlığına rağmen def'i ileri sürülmeden borcun ifası, doğumu geciktirici şarta bağlı borcun şart gerçekleşmeden ifası, seçimlik borç bulunmasına rağmen borçlanıldığı sanılan tek bir borcun ifası, takas beyanında bulunma hakkının varlığına rağmen borcun ifası halinde borçlanılmayan edim ifa edilmiştir.

Ancak TBK m. 78, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin diğer yasal kurallar gibi genel ilke getiren, bu nedenle bazı açılardan eksik kaleme alınmış bir normdur. Düzenlemenin somut olaya adil ve doğru şekilde uygulanabilmesi için burada düzenlenen hukuki durumun ve iade talebinin engellenmesinin şartlarının derinlemesine incelenmesi gerekir. Kökenleri Roma hukukuna dayanan bu kuralın temelinde, borç olmayan şeyin ifa edilmesinden doğan sebepsiz zenginleşme davasının ileri sürülme şartlarının TBK m. 77'den farklılaşması, kazandırmanın temelinde yatan hukuki sebebin farklı olmasıyla açıklanmaktadır. Şöyle ki, borçlu olmadığı bir edimi özgür iradesiyle ifa eden kişinin *causa solvendi* (ifa amacı) amacıyla kazandırmada bulunmadığı açıktır; bu durumda *causa donandi* (bağışlama sebebi) ile hareket etmiştir. Oysa TBK m. 78, kişinin kendi isteğiyle (özgür iradesiyle) ifade bulunmadığı halleri ifade etmek ve örneklemek üzere yalnızca ifade bulunan kişinin borçlu olduğu hususunda yanılması üzerinden bir ispat kuralı getirmektedir. Ancak özgür iradeyle ifade bulunulmayan hallerin kapsamı bundan daha geniştir. Ayrıca kişinin borçlu olduğu konusunda şüphesinin varlığına rağmen ileride hukuki durumunun kötüleşmemesi için ihtirazi kayıt ileri sürerek ifade bulunduğu hallerde de TBK m. 78'de öngörülen engele takılmayacağı bugün öğretilde tartışmasız kabul edilmektedir. Diğer yandan, geçerli bir borcun üçüncü kişi tarafından ve üçüncü kişinin kendisini borçlu sanarak ifa edilmesi halinde ise borcun sona erdiği ve üçüncü kişinin alacaklıya halef olduğu kabul edilmektedir. Böylece ifade bulunan üçüncü kişi, alacağa halef olarak sebepsiz zenginleşen konumuna nazaran daha avantajlı bir hukuki durumda olur. Ancak TBK m. 127/1-b'nin şartları gerçekleşmemişse – ki birçok olayda gerçekleşmeyebilir-, TBK m. 78 uygulama alanı bulur. Diğer yandan, üçüncü kişi, geçerli olmayan bir borcun borçlusu için ifade bulunursa talep sahibi iki ihtimale göre farklı değerlendirilir. Üçüncü kişi, sözde borçlu ile arasındaki bir hukuki ilişkiye dayanarak ifade bulunuyorsa, bu takdirde sebepsiz zenginleşme talebini sözde borçlu ileri sürebilir. Böyle bir hukuki ilişki yoksa bu ihtimalde TBK m. 78 kıyasen uygulanır. Bu durumda üçüncü kişi, borçluyu borçlu sandığını ispat etmelidir.

Borç olmayan şeyi ifa eden kişi; zenginleşen kişiye borçlu olmadığını, borçlu olmadığı bir edimi ifa amacıyla (*causa solvendi* ile) yerine getirdiğini ve özgür iradeyle ifade bulunmadığını –kanundaki örnekle kendisini borçlu sandığını – ispat etme yükü altındadır. Getirdiği ek sınırlama ve ispat kuralı ile TBK m. 78'in uygulanması, bazı hallerde somut olaydaki iade talebinin niteliğine ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin doğru şekilde kurulmasına engel olabilir. Bu nedenle TBK m. 78'in

uygulanması ile genel norm olan TBK m. 77, sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre ileri sürülecek iade talepleri ve İİK m. 72/6 kapsamında istirdat davası arasındaki sınırların çizilmesi gerekir.

İlk olarak TBK m. 78 ile TBK m. 77 arasındaki sınırı çizmek gerekirse, hâkim görüşe göre gerçekleşmemiş sebebe dayanan kazandırmalar ile sona eren sebebe dayanan kazandırmalar açısından TBK m. 78'in öngördüğü sınırlamanın gündeme gelmeyeceği kabul edilmektedir. Böylece, bu tür edim zenginleşmelerinde ifada bulunan kişi, ispat yükü altında bulunmaksızın iade talep edebilir. İkinci olarak geçersiz bir sinallagmatik sözleşmeden doğan edim, geçersizlik her iki tarafça bilinmekle beraber karşı edimin ifa edileceği inancıyla ifa edilmişse yine TBK m. 77'nin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Üçüncü olarak, kanunun değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük öngördüğü hallerde, ifa edilen fazla edim ile ifa edilmesi gereken edim arasındaki farkın iadesinin, hükümsüzlük sebebinin varlığı konusunda yanılgıya düşülmesi bile TBK m. 77'ye göre talep edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bütün bu hallerde esasen ilk bakışta özgür iradeyle ifa söz konusu olsa da somut olayda TBK m 78'in getirdiği sınırlamanın uygulanması adil görülmemektedir. Kanımızca bu istisnalar bağlamında iki hüküm arasındaki sınırın çizilmesini sağlayan kavram, kazandırmanın sebebine bağlı olmalıdır; ifada bulunan kişinin *causa donandi* ile hareket ettiği söylenemediği için TBK m. 78 hükmü uygulansa dahi sebepsiz zenginleşen bir engelle karşılaşmaz.

Diğer yandan, sebepsiz zenginleşmeye dayanan talep ve sözleşmeye dayanan talep nitelikleri gereği yarışmaz ve sözleşmeye dayanan talep öncelikle uygulanır. Ancak sözleşmeyle borçlanılandan fazla ifada bulunulması halinde bu sınırın çizilmesi kolay değildir. Öğretideki görüşlerin etkisiyle İsviçre Federal Mahkemesi ve daha sonra Yargıtay bazı kararlarında, taraflar arasında fazla ifanın edim miktarı kesinleştikten sonra geri alınacağına ilişkin örtülü anlaşma olduğu söylenebiliyorsa, iadenin sözleşmesel nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık bizim de kabul ettiğimiz diğer bir görüşe göre fazla ifa, bir örtülü anlaşma olup olmadığı aranmaksızın, sözleşme bağlamında gerçekleştiği için iadenin de sözleşmesel sorumluluk rejiminin kurallarına tabi olması gerekir. Bu sav, iki bağımsız gerçekçyle desteklenebilir. İlk olarak alışlagelmiş olduğu üzere sözleşmeden dönme bağlamında gündeme gelen dönüşüm teorisine göre iade talepleri, sözleşmesel sorumluluk rejimine göre yapılır. Keza bu teorinin, sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesi halinde de uygulanması fikri öğretide hâkim görüş olmaya evrilmektedir. Bu kapsamda geçerli ve hüküm doğuran bir sözleşmeden doğan edimin fazla ifası halinde de dönüşüm teorisine ve dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk rejimine başvurmak makuldür. İkinci olarak ise akont ödemeler dışında da fazla ifayı alan sözleşme tarafının, fiilen gerçekleşen ifanın sözleşme ile borçlanılan edimden fazla olduğunu karşı tarafa bildirmeye ve iadeyi gerçekleştirmeye ilişkin sözleşmesel bir yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde taraflar arasındaki sözleşme ile bağlantılı iade taleplerinin sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olması gerekir.

TBK m. 78 kapsamında özgür iradeyle gerçekleşmemiş ifanın iadesi talebine dayanan sebepsiz zenginleşme davası ve bunun icra-iflas hukukundaki özel bir alanını oluşturan icra tehdidi nedeniyle yapılan ödemeyi takiben İİK m. 72/6 kapsamında istirdat davası yarışır. Bu bağlamda her iki düzenlemenin de kendine özgü avantajları vardır; İİK m. 72'ye göre iade alacaklısı açısından kendisini borçlu sanarak ifada bulunduğunu noktasında ispat yükü öngörmemişken TBK m. 78'e

dayanan sebepsiz zenginleşme talebi ise zamanaşımı bakımından davacı açısından daha lehe bir düzenleme içerir. Bu nedenle iki hüküm arasındaki en avantajlı durum öncelikle istirdat davası açmaya yönelmek, buna ilişkin bir yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılması halinde ise sebepsiz zenginleşme davası açmaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,2 (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019)*.
- Bangert J, Art. 86 SchKG, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (3. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag 2021).
- Becker H, Art. 63 iç *Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht BK – Berner Kommentar* (2. Baskı, Stämpfli Verlag AG 1945).
- Bopp D, ‘Der Rückforderungsvorbehalt’ (2022) 6 Aktuelle Juristische Praxis 540–547.
- Bucher E, ‘Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht’ (1983) 102 Zeitschrift für Schweizerisches Recht 251-383.
- Buz V, ‘Rückforderung von Zuvielleistungen, Ein Plädoyer für die Abkehr von der bereicherungsrechtlichen Einordnung des Herausgabeanspruchs’ (2016) 7 Aktuelle Juristische Praxis 899-909.
- Buz V, ‘Sözleşmede Kararlaştırılardan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı’ iç XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 9-10 Aralık 2005, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2006).
- Chappuis B, Art. 63 iç *Commentaire Romand 1. Art. 1-252 CO, partie générale, contrats innommés, vente et donation* (3. Baskı, Basel: Helbing Lichtenhahn 2021).
- Chappuis B, Art. 65, iç *Commentaire Romand 1. Art. 1-252 CO, partie générale, contrats innommés, vente et donation* (3. Baskı, Basel: Helbing Lichtenhahn 2021).
- Chappuis C, ‘Enrichissement illégitime écarté par le contrat iç *L'évolution récent du droit des obligations* (2004).
- Çetiner B, Furrer A ve Müller-Chen M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayınları 2022).
- Demirsatan B, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun 78. Maddesinin Uygulama Alanına İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14. 3. 2012 Tarih ve E. 2011/13-748 K. 2012/140 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’ (2013) 52(2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 563-576.
- Eren F ve Dönmez Ü, TBK m. 78 iç *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt II m. 49-82* (Yetkin Yayınları 2022).
- Fraefel C, *Die Betreibung einer Nichtschuld Haftpflicht – und bereicherungsrechtliche Folgen* (Schulthess 2011).
- Gauch P, *Der Werkvertrag* (6. Baskı, Schulthess 2019).
- Gauch P, Schlupe WR ve Schmid J, *OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I* (Schulthess 2020).
- Gelbhaus T, Art. 63 iç *OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK – Orell Füssli Kommentar*, (4. Güncellenmiş ve Yenilenmiş Baskı, Orell Füssli Verlag 2023).
- Guhl T ve Koller A, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wertpapierrechts* (9. Baskı, Schulthess 2000).
- Günel AN, *Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).

- Hahn AC, Art. 63 iç *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrech* (3. Baskı, Schulthess 2016).
- Hahn, Anne-Catherine. Art. 65 iç *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrech* (3. Baskı, Schulthess 2016).
- Huguenin C, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden İşlenmiş 8. Baskı, Schulthess 2019).
- İnceoğlu M, *Kira Hukuku Cilt II* (On İki Levha Yayınları 2014).
- İnceoğlu MM, 'İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu' (2005) 54(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-182.
- Kaufmann–Bütschli LR, *Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht* (Verlag Stämpfli & Cie 1983).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 23. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları 2019).
- Koller A, Die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR (2006) 4 Aktuelle Juristische Praxis 468-470.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts* (5. Baskı, Stämpfli Verlag 2022).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası* (Yetkin Yayınları 2003).
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları 2016).
- Nomer HN ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 9. Bası, On İki Levha Yayınları 2022).
- Oğuzman MK ve Öz, MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Öz T, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı Yayınları 1990).
- Özen B, Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi iç *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Cevdet Yavuz'a Armağan* (Legal 2012).
- Özen B, *Haksız Zilyedlikte İade* (Beta 2003).
- Postacıoğlu İE Altay S, *İcra İflas Hukuku Esasları* (Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010).
- Reisoğlu S, *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları* (Türk Matbaası 1961).
- Schwenzer I ve Fountoulakis C, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (8. Baskı, Stämpfli Verlag 2020).
- Schmidlin B ve Campi A, Art 31 iç *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1 – 252 CO, partie générale, contrats innommés, vente et donation* (3. Baskı, Helbing Lichtenhahn 2019).
- Serozan R, TBK m. 78 iç *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt – 1 (madde 1-82)* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2019).
- Serozan R, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha Yayınları 2022).
- Serozan R, *Eşya Hukuku I* (Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi 2014).
- Schulin H ve Vogt AL, Art. 63 iç *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2020).
- Schulin H ve Vogt AL, Art. 65 iç *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2020).
- Tercier P ve Zufferey JB, 'La rémunération liée au retrait d'un recours ATF 123 III 101 (arrêt D. c/A. du 20 nov. 1996)' (1997) Droit de la Construction 113-118.

- Turanboy KN, 'Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği' (1997) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 94-104.
- Umar B, Türk İsviçre Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme Davası ile Takip Borçlusunun İstirdat Davasının Telahuku iç *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı* (Adalet Bakanlığı 1968).
- Uyar T, *İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları (İ.İ.Y. m. 72)* (2. 6 Misli Genişletilmiş Baskı, Şafak Basım ve Yayınevi 1984).
- Vock D ve Aepli M, SchKG 86 iç *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar* (Carl Jaeger'in 1911 tarihli 3. Baskısına dayanan 4. Baskı, Schulthess 2017).
- Von Tuhr A ve Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I* (3. Baskı, Schulthess 1979).
- Voser N, *Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, erläutert am Beispiel der Anweisung* (Helbing & Lichtenhahn 2006).
- Yavuz N, *Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali Menfi Tespit ve İstirdat Davaları* (Yetkin Yayınları 2000).