



# BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 10 | Sayı: 1  
Ocak 2024

**Yayın Sahibi / Owner**

Başkent Üniversitesi Adına  
Rektör Prof. Dr. Hakan ÖZKARDEŞ

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editorial Manager**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

**Editör / Editor**

Prof. Dr. Rıza AYHAN

**Editör Yardımcısı / Deputy Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL  
Dr. Öğr. Üyesi Aybüke BASIM

**Yönetim Adresi**

Yukarı Bahçelievler, Mareşal Fevzi Çakmak Cad.  
10. Sok. No: 45  
Çankaya / ANKARA

**İletişim Adresi**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Bağlıca Kampüsü  
Fatih Sultan Mehmet Mah. Eskişehir Yolu 18. km  
Etimesgut / ANKARA  
Tel: 0312 246 66 66 / 2181  
Faks: 0312 246 66 44  
E-Posta: hukukdergisi@baskent.edu.tr

**Yayın**

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)  
Mustafa Kemal Mah. 2158 Sok. No: 13  
Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30  
Faks: 0312 435 24 72

**Sayfa ve Kapak Tasarımı**

Emre KIZMAZ

**Baskı**

Vadi Grafik. Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)  
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1  
Yenimahalle / ANKARA  
Tel: 0 312 395 85 71

**Yayın Yeri | Yılı**

Ankara | Temmuz 2024

**Yayın Aralığı**

6 ay | Ocak-Temmuz

**Yayın Türü**

Yerel | Süreli

ISSN 2148-6638

- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bundan doğacak sorumluluk yazarlara aittir. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bağlamaz.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizisinde Yer almaktadır.

## **DANIŞMA KURULU / ADVISORS BOARD**

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Yadigâr İZMİRLİ • <i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK • <i>TED Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çiğdem KIRCA • <i>TOBB ETÜ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Arzu OĞUZ • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cemal OĞUZ • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serdar ALTINOK • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Erdal ONAR • <i>Bilkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çağlar ÖZEL • <i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Muharrem ÖZEN • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Ethem ATAY • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rıza AYHAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Murat SEZGİNER • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Őafak BALI • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vedat BUZ • <i>Bilkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mertol CAN • <i>Çankaya Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Süha TANRIVER • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN • <i>Atılım Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Asuman TURANBOY • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>	Prof. Dr. M. Fatih UŞAN • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. GülriZ UYGUR • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fikret EREN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nadi GÜNAL • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Aynur YONGALIK • <i>Atılım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kudret GÜVEN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU • <i>Başkent Üniversitesi</i>

## **YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD<sup>(\*)</sup>**

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
Prof. Dr. E. Ethem ATAY
Prof. Dr. Rıza AYHAN (BaŐkan)
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. Fikret EREN
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL

<sup>(\*)</sup> Yukarıda yer alan öğretim üyeleri Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
YAYIN İLKELERİ, YAZIM VE ATIF KURALLARI

## I. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023 yılı itibarıyla “Dergipark” sistemine geçmiştir. Bu nedenle, dergiye gönderilen çalışmaların hakemlik süreçleri Dergipark sistemi üzerinden yürütülmektedir.

Dergide hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki çalışmalar Yayın Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

Dergiye gönderilecek çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların ilk değerlendirmesi Editörlük tarafından yapılır. Bu değerlendirmeden sonra, çalışmaların hakem değerlendirme süreci başlar. Hakem değerlendirme süreci sonunda çalışmaların yayımlanmasına, hakem raporları dikkate alınarak düzeltilmesine (revizyonuna) veya geri çevrilmesine karar verilir.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayımlanmasına karar verilen çalışmaların elektronik ortamda tam metin şeklinde yayımlanmak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.

## II. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAZIM VE ATIF KURALLARI

### A. Yazım Kuralları

Çalışmada Türk Dil Kurumu’nun kabul ettiği güncel yazım ve dil bilgisi kuralları ile “Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yazım ve Atıf Kuralları”na uyulmalıdır. Anılan kurallara uyulmaması durumunda Editörlük, çalışmanın ilgili kurallara uygun şekilde düzenlenmesini yazardan talep edebilir.

Çalışmalar, Dergipark sistemine “.doc” veya “.docx” uzantılı dosya formatında ve biri isimsiz olmak üzere iki nüsha halinde yüklenmelidir.

Çalışmanın başlığı, sayfa ortalanarak tüm harfler büyük olacak şekilde Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.

Çalışma başlığının sağ altında, yazarın unvanı, adı - soyadı ve yazarın soyadının bitiminde yıldız (\*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta, yazarın iletişim bilgileri (kurumu, bölümü, kurumsal elektronik posta adresi, ORCID numarası) yer almalıdır.

*Örn:* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,  
E-posta: ornek@baskent.edu.tr, ORCID No: 0000-0000-0000-0000.

Çalışmada, **Türkçe ve İngilizce olarak** “Özet” ile “Anahtar Kelimeler” yer almalı, anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin sadece ilk harfleri büyük olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır. Çalışma içerisinde 1.25 cm paragraf girintisi kullanılmalı ve tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.

Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar halinde eklenmeli ve kenara yaslanmış şekilde yazılmalıdır.

Cümle sonunda kullanılan dipnotlarda, dipnotun, cümle sonu noktalama işaretinden önce ve boşluk bırakılmadan gösterilmesi gerekir.

Çalışmaların gövde metni 1,5 satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 12 punto; dipnotlar ise, sayfanın altında gösterilecek biçimde, tek satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır.

Yazılarda kullanılacak **başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde** oluşturulmalıdır:

Birinci Derecede Alt Bölüm : I, II, III ... (**I. SİYAH, KALIN VE TÜM HARFLER BÜYÜK**)

İkinci Derecede Alt Bölüm : A, B, C ... (**A. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)

Üçüncü Derecede Alt Bölüm : 1, 2, 3 ... (**1. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)

Dördüncü Derecede Alt Bölüm: a, b, c ... (**a. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)

Beşinci Derecede Alt Bölüm : aa, bb, cc ... (*aa. İtalik, İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük*)

Metin içerisinde içindekiler bölümü ve kısaltmalar cetveli yer almamalıdır. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan yazılmalı ve yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

## B. Atıf Kuralları

### 1. Kitap Atıfları

#### a. Tek Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : İhsan Erdoğan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023, s. 20.

Tekrar atıf : Erdoğan, s. 22.

Kaynakça : Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

#### b. Birden Fazla Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023, s. 100.

Tekrar atıf : Eren/Yücer Akürk, s. 105.

Kaynakça : Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

### 2. Bir (veya Birden Fazla) Yazarın Birden Fazla Eserinden Yararlanılması

Bu halde yapılan kısaltmalar, eser sonunda parantez içinde gösterilmelidir.

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 40.

Tekrar atıf : Kuru, Nizasız Kaza, s. 45.

Kaynakça : Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 200.

Tekrar atıf : Kuru, El Kitabı, s. 215.

Kaynakça : Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

### 3. Çeviri Esere Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983, s. 70.

Tekrar atıf : von Tuhr, s. 72.

Kaynakça : von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

### 4. Editörlü Kitapta İlgili Bölüme Yapılan Atıf

Editörlü kitapta ilgili bölüme (paragrafa, makaleye vb.) yapılacak atıf, o bölümün yazarını ve bölüm başlığını içermelidir.

#### Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Güray Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 437.

Tekrar atıf : Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, s. 440.

Kaynakça : Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

### 5. Editörlü Kitabın Tamamına Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Ed., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 97.

Tekrar atıf : Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 100.

Kaynakça : Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

### 6. Dergi ve Süreli Yayın Atıfları

#### a. Tek Yazarlı

#### Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Rıza Ayhan, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64), s. 16.

Tekrar atıf : Ayhan, s. 40.

Kaynakça : Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

### **b. Birden Fazla Yazarlı**

#### Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru/Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, (İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43), s. 25.

Tekrar atıf : Kuru/Budak, s. 38.

Kaynakça : Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

### **7. Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar**

#### Örneğin:

RG, 02.11.2023, S. 32357

### **8. Yargı Kararlarına Yapılan Atıflar**

#### Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

#### Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

#### Örneğin:

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: E-Uyar Online İçtihat Programı

Yabancı mahkeme kararlarına yapılan atıflarda, özel bir usul öngörülmemiştir. Bununla birlikte yazarın, yabancı mahkeme karar atıfları bakımından benimsediği usulü çalışmanın tamamında aynı şekilde kullanması gerekmektedir.

### **9. Elektronik Kaynaklara Yapılan Atıflar**

#### Örneğin:

İlk atıf : Vural Seven, Afet Sigortaları Kanunu Kapsamında DASK’a Açılacak Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Dava Şartının Değerlendirilmesi, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/afet-sigortalari-kanunu-kapsaminda-daska-acilacak-davalarda-zorunlu-arabuluculuk-dava-sartinin-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 05.11.2023)

Tekrar Atıf : Seven, Lexpera Blog<sup>(1)</sup>.

Kaynakça : Elektronik kaynağa erişim tarihine metin içerisinde yer verildiğinden, kaynakçada ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

#### Örneğin:

<https://blog.lexpera.com.tr/>

<sup>(1)</sup> Elektronik kaynağın sayfa numarası ıçermesi halinde, gerek ilk atıf gerek tekrar atıfta sayfa numarası da belirtilmelidir.

## 10. Kaynakça

Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakları içeren bir bölüm yer almalıdır. Fiziki kaynakları içeren bölümün başlığı “Kaynakça” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAF YASLANMIŞ**); elektronik kaynakları içeren bölümün başlığı ise, “Elektronik Kaynaklar” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAF YASLANMIŞ**) şeklinde yazılmalıdır.

Kaynakçadaki eserler, Times New Roman karakteri, 12 punto ve 1,5 satır aralığı ve her iki tarafa yaslanmış biçimde düzenlenmelidir. Kaynakçadaki eserler, yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.

### Örneğin:

#### **KAYNAKÇA**

Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özokes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

#### **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

<https://blog.lexpera.com.tr/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>



## İçindekiler

### ÖZEL HUKUK

Dr. Ahmet Cemil ÜNAL, Öğretim Üyesi

#### **Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı**

*Agency's Right to Request Equalization* ..... 3

Dr. Ahmet Cemil ÜNAL, Öğretim Üyesi

#### **Kıymetli Evrakın Zıya ve İptali**

*Loss and Annulment of Negotiable Instruments*..... 25

Dr. Ece KARADUMAN MERCAN, Öğretim Üyesi

#### **Anlaşmalı Boşanma Dâvalarında Talep Edilmeyen İştirak Nafakasının Sonradan Talep Edilmesi**

*Subsequent Demand of Child Support that was not Claimed in Advance in Consensual Divorce Cases* ... 45

Özgür SEVİM, Araştırma Görevlisi

#### **İş Kanunu'nun İşyeri Devrine İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanına Giren ve Girmeyen Hukuki Durumlar**

*The Legal Situations that Fall within and Outside the Scope of the Provisions of the Labor Code Regarding the Transfer of Workplace* ..... 69

### KAMU HUKUKU

Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ, Profesör

#### **Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişisel Verilere Yönelik İhlallere Karşı Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar**

*Crimes Provided in the Turkish Penal Code Against Violations Towards Personal Data Under the Personal Data Protection Law* ..... 123

Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK, Öğretim Üyesi

#### **Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk**

*Liability in Administrative Action Performed by Artificial Intelligence* ..... 169

Dr. Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY, Öğretim Üyesi

#### **Hukuk Devleti Kavramına Hukuki Pozitivizm Penceresinden Bir Bakış**

*A Look at the Concept of "Rule of Law" from the Perspective of Legal Positivism* ..... 217

Özlem USTA, Araştırma Görevlisi

#### **İdari Yargıda Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Parasal Sınır Şartı ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Değerlendirilmesi**

*Monetary Limit Condition for Appeal in Administrative Jurisdiction and Evaluation of the Cancellation Decision of the Constitutional Court* ..... 247

Dr. Yakup Yaşar MİRZAOĞLU, Avukat

#### **İdari Yargıda Davanın Usulden Reddine Dair Kararlara Karşı Kanun Yolunun Açık Olması Zorunluluğu**

*The Obligation to have Legal Remedies Against Decisions Relating to Procedure Rejection of the Case in the Administrative Judiciary* ..... 287



# **Özel Hukuk**

---



# Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı<sup>(\*)</sup>

## Agency's Right to Request Equalization

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile daha önce öğretilen ve yargı kararlarında tanınan denkleştirme talebi kavramı ilk defa kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Denkleştirme talebinin dayandığı maddi hukuk göz önünde bulundurulmak suretiyle, sözleşmede gözetilmesi gereken ücret dengesinin sağlanması ve oluşturulan müşteri çevresinin kendine özgü ekonomik değerinin devri nedeniyle doğan kazancın denkleştirilmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Acentelik sözleşmesi özelinde, acentenin işçilik haklarından yararlanamaması ve müvekkile sunmuş olduğu yeni müşteri çevresi nedeniyle ileride hak edeceği ücreti kazanamayacak olması nedeniyle korunması gerektiği fikri, denkleştirme hakkı tanınmasında etkili olmaktadır. Çalışmamıza denkleştirme talep hakkı sadece acentelik sözleşmesi özelinde incelenecektir.

### Anahtar Kelimeler:

Acente, Denkleştirme Talebi, Hakkaniyet, Müşteri Çevresi.

### Abstract:

With the Turkish Commercial Code No. 6102, the concept of equalization request, which was previously discussed in the doctrine and recognized in judicial decisions, was legalized for the first time. Considering the substantive law on which the equalization request is based, the idea of ensuring the wage balance that must be observed in the contract and equalizing the profits arising from the transfer of the unique economic value of the customer circle created comes to the fore. In the case of an agency contract, the idea that the agency should be protected because it cannot benefit from labor rights and will not be able to earn the wage it deserves in the future due to the new customer environment it offers to the client, is effective in granting the right to equalization. In our study, the right to request equalization will be examined only in the context of the agency contract.

### Keywords:

Agency, Equalization Request, Equity, Customer Circle.

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 26.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 30.05.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: acunal@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1206-1946>.

## GİRİŞ

Günümüzde sanayileşmenin artması ve dünyanın küresel bir pazar haline gelmesi nedeniyle, süregelen ticari uygulamalar, tacirlerin, işletme merkezinin dışında şube açmak ya da bağımlı tacir yardımcısı kullanmak yerine, acentelik gibi sürekli sözleşme ilişkileri aracılığıyla mal ve hizmet arzında bulunmayı tercih ettiğini göstermektedir. Ayrıca tacir, söz konusu pazarı iyi bilen, bağımsız bir işletmeye sahip olan acente gibi aracılık veya dağıtım faaliyetleri ile uğraşan gerçek ve tüzel kişiler aracılığıyla ürettiği mal veya hizmetleri satma ve pazarlama imkânı sağlamış olur.

TTK m.102/1'e göre acente, 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 kimsedir. Acente, acentelik sözleşmesi süresince, kendisine bırakılan belirli bir yer veya bölge içinde ilgili çevreyi, müvekkilinin ürünlerine ve markasına bağlamak veya çevreyi genişletmek için çalışır. Bunun karşılığında da acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince kendi çabasıyla veya aynı nitelikteki işlemler için kazandırdığı üçüncü kişilerle kurulan işlemler için de ücret isteyebilir (TTK m.113/1, c.1). Ayrıca acentelik sözleşmesinin bitiminden sonra kurulan işlemler sebebiyle acentenin ücrete hak kazanabileceğine ilişkin TTK m.113/3 hükmü ile acentenin denkleştirme talebine ilişkin TTK m.122 hükümler dikkate alındığında, TTK m.121/5 hükmünün de bir anlam ifade etmediğini söylemek mümkündür.<sup>1</sup>

Acentenin faaliyetleri çerçevesinde, müşterilerin acenteye değil, acente tarafından satılan ya da pazarlanan ürüne ya da ürünün markasına bağlanması söz konusu olur. Acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra müşteriler, acentenin değiştiğini fark etmeksizin, alıştıkları mal veya hizmeti satın almaya devam ederler. Bunun sonucunda tacir, müşteri çevresinden tek taraflı olarak yararlanmış olur.<sup>2</sup> Başka bir deyişle, tacir, söz konusu müşteri portföyünden doğrudan veya yeni bir acente aracılığıyla yararlanmaya devam edebilirken acente, tacirin bu müşterilerle kuracağı müstakbel sözleşmeler bakımından herhangi bir ücret ya da komisyon isteyemez.<sup>3</sup> Bu sebepten, acentenin faaliyet gösterdiği pazarda, kendi emekleriyle yarattığı ve ekonomik bir değere sahip müşteri çevresinden, aralarındaki sözleşmenin sona ermesi durumunda tek taraflı olarak yararlanmaya devam edecek olan müvekkil tacirin, acenteye hakkaniyete uygun bir karşılık ödemesi gerekir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİN, Ufuk**: Türk Ticaret Kanunu m.121/5 Hükmüne İhtiyaç Var mıdır? BATİDER, Ankara 2018, C.34, S.1, s.176-177.

<sup>2</sup> **KARASU, Rauf**: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi, AÜHFĐ., Ankara 2008, C.57, S.4, s. 311.

<sup>3</sup> **ARKAN, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, B.29, Ankara 2023, s.241; **KARASU**: s.288.

<sup>4</sup> **ARKAN**: s. 241, **AYAN; Özge**: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, B.1, Ankara 2008, s. 97.

## I. DENKLEŞTİRME TALEBİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Kavram

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile, daha önce öğretide ve yargı kararlarında<sup>5</sup> yer alan denkleştirme talebi kurumu ilk defa kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. TTK m.122'nin metin başlığında kurumu ifade etmek için "denkleştirme istemi" kavramı kullanılırken, TTK'nın 122. maddenin gerekçesinde "denkleştirme talebi" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Öğretide denkleştirme talebi yasalasmadan önce, bu kurum için farklı kavramların da kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramlara örnek olarak müşteri tazminatı,<sup>6</sup> portföy akçası,<sup>7</sup> portföy tazminatı,<sup>8</sup> portföy hakkı<sup>9</sup> verilebilir. Biz çalışmamızda acentenin talepte bulunması durumunda ödenmesi gereken bir miktar para söz konusu olduğu ve kanunda benimsenen ifade olması nedeniyle denkleştirme talebi kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

Denkleştirme talebinin dayandığı maddi hukuk göz önünde bulundurulmak suretiyle, sözleşmede gözetilmesi gereken ücret dengesinin sağlanması ve oluşturulan müşteri çevresinin kendine özgü ekonomik değerinin devri nedeniyle doğan kazancın denkleştirilmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Denkleştirme hakkının tanınmasında hakkaniyet ilkesinin yeri büyüktür. Acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile acente tarafından talep edilebilen denkleştirme hakkı, her ülkenin kendi ekonomik dinamiklerini gözeterek düzenlediği bir konudur. TTK'nın 122. maddesinin gerekçesinde, AB Yönergesinde yer alan, bu sebeple tüm AB üyesi devletlerin kanunlarında bulunan denkleştirme talebinin, Alman Ticaret Kanununun (HGB) 89b maddesinde "*Ausgleichsanspruch*" ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 418u maddesi hükümlerine "*Entschädigung für Kundschaft*" benzer şekilde düzenlendiği de ifade edilmiştir.

Acentelik sözleşmesi açısından, acentenin işçilik haklarından yararlanamaması ve müvekkile sunmuş olduğu yeni müşteri çevresi nedeniyle ileride hak edeceği ücreti kazanamayacak olması nedeniyle korunması gerektiği fikri, denk-

<sup>5</sup> Y.11.HD.20.06.1996, E.1996/2084, K. 1996/4544; Y.11.HD.20.06.1996, E.1996/669, K. 1996/9192 (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**) Erişim Tarihi 05.03.2024.

<sup>6</sup> **KAYIHAN, Şaban**: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2011, s.157; **ALIŞKAN, Murat / GENÇTÜRK, Muharrem**: Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK'nın 129. Maddesine Göre Komisyon Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente ile Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu, Tekinalp'e Armağan, C.1, İstanbul 2003, s.19.

<sup>7</sup> **TEKİNALP, Ünal**: Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçası Talebi, Bozer'e Armağan, Ankara 1996, s.1.

<sup>8</sup> **ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün**: Ticari İşletme Hukuku, B.8, İstanbul 2023, s.570.

<sup>9</sup> **İMREGÜN, Oğuz**: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2004, s.171; **TOPÇUOĞLU, Metin**: Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, B.1, Ankara 2006, s.24.

leştirme hakkı tanınmasında etkili olmaktadır.<sup>10</sup> Denkleştirme talep etme hakkı, genellikle hakkaniyet ve emek ilkeleri ekseninde oluşturulmuş; bir tarafta kayıp varken, diğer tarafta kaybedenin emeğine dayalı devam eden bir menfaat söz konusu olduğundan, bu kazanç ve kaybın dengelenmesi için tanınan bir imkân, bir karşılık olarak nitelendirilmiştir.<sup>11</sup>

## B. Hukuki Niteliği

Denkleştirme talebi, acentenin kurduğu müşteri çevresinden sözleşme ilişkisinin bitiminden sona artık yararlanamayacak olması nedeniyle uğradığı kayıp ile müvekkilin aynı müşteri çevresinden sözlenmenin sona ermesinden sonra da yararlanmaya devam etmesi nedeniyle elde ettiği kazancın denkleştirilmesi için yapılan taleptir. Çünkü burada söz konusu olan, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden dolayı uğranılan zararın tazmini değil, tacirin işletmesine ve/veya markasına bağlanan müşterilerden elde edilen kazanç sebebiyle, aralarındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle bu müşteri çevresinden artık menfaat elde edemeyecek olan acenteye bir pay verilerek menfaat denkleştirilmesi yapılmasıdır.<sup>12</sup>

Bu bakımdan denkleştirme talebi, hukuki niteliği itibariyle saf bir tazminat talebi olmayıp, acenteye özgü bir hak, bir karşılık niteliğindedir. Çünkü tazminat hakkı için gerekli olan şartlardan kusur ve zarar şartları denkleştirme talebi için aranmamaktadır. Hatta acentelik sözleşmesi, sürenin dolması, hastalık veya yaşlılık gibi sebeplerden dolayı sona erse bile müvekkilden istenebilmektedir.<sup>13</sup> Bundan dolayı, burada sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi yüzünden uğranılan zararın giderilmesinden ziyade, sözleşme sonrasında acente açısından bozulan dengenin denkleştirilmesi amaçlanmaktadır.<sup>14</sup>

Acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine de dayandırılmaz. Her ne kadar müvekkilin acentenin bulduğu müşterilerle sözleşmenin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde etmesi,

<sup>10</sup> **AYAN:** s.99, **BÜYÜKALP SARIÖZ, İpek:** Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2019, C.21, S.2, s.530.

<sup>11</sup> **AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, B.15, Ankara 2022, s.587; **ŞAHİN, Adem:** Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstem Hakkı, MÜHFHAD., (Cevdet Yavuz'a Armağan), İstanbul 2016, C.22, S.3, s.2534; **CAN, Ozan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Acentelikle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, MÜHFHAD., İstanbul 2012, C: 18, S: 2, s.87; **CAN, Ozan:** Acentenin Denkleştirme İstemine ve Rekabet Yasağı Anlaşmasına İlişkin Hükümlerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 103(1). Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanırlığı, HÜHFD., C: 2, S: 1, s. 30.

<sup>12</sup> **KARASU:** s. 288.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAMANLIOĞLU, Argun:** Acentenin Hastalık veya Yaşlılık Gereğiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu, İKÜHFD, 2017, C: 16, S: 2, s.146; **AYAN:** s. 103.

<sup>14</sup> **KARASU:** s. 288-289.



müvekkil lehine bir zenginleşme, acentenin sözleşmenin sona ermesinden dolayı ücret alamaması ise, acente aleyhine bir fakirleşme olarak görülse bile, TBK m.77 vd. hükümlerinde öngörülen sebepsiz zenginleşme şartları denkleştirme talebi bakımından eksiktir. Zira denkleştirme talebinde geçersiz, gerçekleşmemiş veya tamamen sona ermiş bir sebebe dayanarak taraflardan biri diğeri aleyhine zenginleşmemektedir. Aksine zenginleşme diğeri tarafın belli ölçüde çabasına dayanmaktadır.<sup>15</sup>

Ayrıca denkleştirme talebinin, tamamen acentenin müvekkil karşısında sosyal ve mali durumunun iyileştirilmesi gibi bir amacının olduğunu söylemek de güçtür. Zira acentenin talepte bulunabilmesi için müvekkile göre daha düşük mali imkânlarla sahip olması gibi bir şart TTK m.122'de belirtilmemiştir. Bu yüzden hükümde belirtilen şartlar yerine getirildikten sonra mali açıdan müvekkile göre daha iyi durumda olan acentenin de denkleştirme talebinde bulunabilmesi mümkündür.<sup>16</sup> Bundan dolayı da acentenin sosyal durumunun iyileştirilmesi düşüncesinden çok, acentelik faaliyetlerinin karşılığı bir ödeme yapıldığı söylenebilir.<sup>17</sup>

Nitekim TTK m.122'nin gerekçesinde de, amacı ve niteliği tartışmalı olan denkleştirme talebinin, klasik anlamda bir malvarlığı zararının giderilmesi olarak anlaşılamayacağı belirtilmiştir. Zira denkleştirme talep hakkı, kanun sistematığı açısından, acentelik sözleşmesinin sona ermesine bağlı sonuçlardan biri olarak düzenlenmektedir. Bu bakımdan, esasen sözleşme temelli bir talep hakkı konusudur.<sup>18</sup>

Denkleştirme talebi, acentenin sözleşme ilişkisinin bitiminden sonra müşteri çevresinden elde edemeyeceği kazancın, sözleşme ilişkisinin bitiminden sonra müvekkilin aynı müşterilerden elde ettiği kazanç ile denkleştirilmesi için acenteye tanınan haktır.<sup>19</sup> Bu hak ile sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi yüzünden uğranılan zararın giderilmesinden ziyade sözleşme sonrasında acentenin mahrum kaldığı kazancın denkleştirilmesi amaçlanmaktadır.<sup>20</sup>

Sonuç olarak, denkleştirme talebi; kanunda öngörülen şartların bulunması durumunda, tarafların sözleşmeye bu konuda özel bir hüküm koymalarına veya

<sup>15</sup> **KAYA, Mustafa İsmail:** Acentelik Hukuku, B.2, Ankara 2022, s.351-352; **TUNÇOL, İbrahim:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi, İBD., İzmir 2016, C: 81, S: 1, s. 118. **BADAK AYBAR, Zehra:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi, İTÜSBD., İstanbul 2013, C: 12, S: 24, s.171; **BÜYÜKALP SARIÖZ:** 543-544; **ŞAHİN:** s.2535.

<sup>16</sup> **KARASU:** s.293; **BÜYÜKALP SARIÖZ:** s.531-532.

<sup>17</sup> **KAYA:** s.352.

<sup>18</sup> **BÜYÜKALP SARIÖZ:** s. 544.

<sup>19</sup> **HATİPOĞLU, Ayşe Gül:** Acentelerin Denkleştirme İsteminin Belirlenmesinde Gelirin Tespiti ve Muhasebeleştirme Sorunu: Çözüm Önerisi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Elazığ 2012, C: 22, S: 2, s.179.

<sup>20</sup> **AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR:** s.587; **KARASU:** s. 288; **ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN:** s.570.

sözleşmede bu haktan feragat edildiğini kararlaştırmalarına bağlı olmaksızın, devletin sosyal ve ekonomik politikaları gereği acente gibi ticaret hayatında yer edinen kişilere tanıdığı, sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak doğan kendine özgü bir talep hakkı olup; kaynağı, acentelik gibi sözleşmeye dayalı bir ilişkidir.

## II. DENKLEŞTİRME TALEBİNİN ŞARTLARI

TTK m.122/5 hükmüne göre, denkleştirme talebine ilişkin hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanır. Bu hüküm ile konu hem acenteler hem de diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkileri bakımından çözüme kavuşturulmuştur.<sup>21</sup> Acente ve tek satıcılık sözleşmeleri dışında, tekel hakkı tanıyan franchise, marka lisansı sözleşmeleri de denkleştirme talebinin uygulanabileceği sözleşmeler arasında değerlendirilmektedir.<sup>22</sup> Bundan dolayı denkleştirme isteminde bulunan taraf ilk olarak davalı ile arasındaki sözleşme ilişkisinin varlığını ve bu sözleşmenin hukuki niteliğini ortaya koymak zorundadır.<sup>23</sup>

### A. Sözleşmenin Sona Ermesi

Denkleştirme talebinin ileri sürülebilmesi için öncelikle geçerli bir acentelik sözleşmesinin bulunması ve bu sözleşmenin sona ermiş olması gerekmektedir. Bu şart aynı zamanda bir ön şartı niteliğindedir. Bu açıdan sözleşmenin hangi nedenle sona ermiş olduğunun da hiçbir önemi yoktur.<sup>24</sup> Ancak sona erme sebeplerinin denkleştirme talebi açısından tamamen önemsiz olduğu da söylenemez. Zira TTK m.122/3'deki bazı sona erme durumlarında denkleştirme isteminde bulunulamamaktadır. TTK m.122/3 hükmüne göre, iki özel sona erme durumunda: i) sözleşmeyi acentenin, müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan sona erdirdiği durumlarda, ii) sözleşmeyi, müvekkilin, acentenin kusuru sebebiyle ve haklı sebeplerle sona erdirdiği durumlarda, söz konusu talep ileri sürülememektedir. Aynı şekilde sona erme şekli ve sebebi denkleştirmenin ödenmesinin hakkaniyete uygunluğu açısından da önemlidir.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> **BÜYÜKALP SARIÖZ:** s.544-545.

<sup>22</sup> **KALENDER, Emre:** Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122'nin, Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanamayacağı, İÜHFD., Malatya 2017, C: 8, S: 1, s. 94 vd.; **KARASU:** s. 310 vd. **BÜYÜKALP SARIÖZ:** s.545.

<sup>23</sup> Örneğin Yargıtay, 2019 tarihli bir kararında, davacının denkleştirme istemini taraflar arasında acentelikten doğan veya tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sözleşme ilişkisi bulunduğunu ispat edemediği gerekçesiyle reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. 19.HD, 18.09.2019, E.2019/2802, K.2019/4398; **YILDIZ, Burçak:** Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, İÜHFD, Malatya 2022, C.13, S.2, s.537.

<sup>24</sup> **ARKAN:** s.244.

<sup>25</sup> **KAYA:** s.355.

Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması ve acentenin bu sözleşme ilişkisi içerisinde kendisine denkleştirme hakkını sağlayacak faaliyetlerde bulunmuş olması gerekmektedir. Acentelik ilişkisi dışında müvekkile sağlanan menfaatlerden dolayı oluşan artı değerler denkleştirme talebinin konusunu oluşturmaz.<sup>26</sup>

Denkleştirmenin talep edilemeyeceği durumları düzenleyen TTK m.122/3'ün gerekçesinde tarafların bu düzenlemenin aksini kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir. Buna göre taraflar acentelik sözleşmesinin TTK m.122/3'teki yollarla sona ermesi durumunda dahi, denkleştirme talep edilebileceği konusunda anlaşabilirler. Denkleştirme talep edilebilmesi için sözleşmenin sona erdiğini ispat yükü, davacı acentededir. Ancak davalı, sözleşmenin TTK m.122/3 hükümündeki yollarla sona ermiş olduğunu iddia ediyorsa, anılan sona erme sebeplerinin gerçekleştiğini ispat etmelidir. Eğer somut uyuşmazlıkta davalı müvekkil bu yönde bir iddia ileri sürmüştü, örneğin sözleşmeyi acentenin kusuru sebebiyle ve haklı sebebe dayanarak feshettiğini iddia etmişse, denkleştirme istemine hükmedilmesinden ve hesaplama geçilmesinden önce söz konusu durum açıklığa kavuşturulmalıdır.<sup>27</sup>

## 1. Fesih ile Sona Erme

Fesih hakkı, sözleşmenin iki tarafınca da kullanılabilir. Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması, bu hakkın kullanımı bakımından bir farklılık oluşturmaz. TTK m.121/1 uyarınca belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir. Kanunda öngörülen üç aylık süre zarfında acentelik sözleşmesi devam edeceği için, acente bu süre için ücret talep edebilir. Denkleştirme talebi ancak üç aylık sürenin sona ermesinden sonra ileri sürülebilir ve bu süreden sonraki dönem için hesaplanabilir. TTK m.121/4'e göre haklı bir sebep olmadan veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Bu durumda da sözleşme fesholmuş kabul edilir ve fesihden itibaren denkleştirme talebinde bulunulur.

Sözleşmenin acente tarafından feshedilmesi durumunda, ancak haklı bir feshin varlığı halinde denkleştirme talebi ileri sürülebilir. Müvekkilin feshi haklı gösterecek bir davranışta bulunması, acentenin feshine haklılık kazandıracaktır. Acentenin feshinin haklı olması için müvekkilin davranışının hukuka aykırı veya

<sup>26</sup> AKIN, İrfan: Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, AÜHFD., Ankara 2013, C. 62, S. 3, s.615.

<sup>27</sup> 11.HD, 21.02.2018, E.2016/7089, K.2018/1278; YILDIZ: s.539.

kusurlu olması gerekmemektedir. Ortalama bir insanın objektif kriterler çerçevesinde müvekkilin davranışları sonucu gerçekleşen feshi haklı görmesi, acentenin feshinin haklı olduğu anlamına gelecektir.<sup>28</sup> Bu durumda acentenin, müvekkilin davranışlarının sözleşmenin feshini haklı kıldığını ispatlaması gerekmektedir.<sup>29</sup>

Acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi için, müvekkilin acentelik sözleşmesini, acentenin kusurundan dolayı feshetmemiş olması gerekmektedir. Acentenin kusurlu davranışları sonucu sözleşmenin feshedilmesi durumunda, acente kendi kusuruna bağlı bu fesihden dolayı denkleştirme talebinde bulunamaz. Bu durumda hakkaniyet ilkesi, acenteye denkleştirme ödenmesine engeldir. Ancak müvekkilin haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi durumunda, acentenin denkleştirme talebi gündeme gelebilir.

## 2. Kendiliğinden Sona Erme

Acentelik sözleşmesinin acentenin ölümü, iflası veya ehliyetini kaybetmesi gibi nedenlerle kendiliğinden sonra ermesi halinde acente, denkleştirme talebinde bulunabilir. Acentenin ölümü veya ehliyetini kaybetmesi gibi durumlarda, herhangi bir kusur değerlendirmesi yapmaksızın acentenin denkleştirmeye hak kazandığı söylenebilir. Sözleşmenin müvekkil tarafından acentenin iflası gerekçe gösterilerek feshedilmesi, doğrudan denkleştirme talep hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü acente ancak kendisinin kusuru sebebiyle müvekkil tarafından sözleşmenin haklı nedenlerle feshedilmesi halinde, denkleştirme talebinde bulunamaz.<sup>30</sup>

## 3. Sözleşmenin Devri

Acentelik sözleşmesinin devri, müvekkilinin onayı ile acentenin sözleşmeden kaynaklanan bütün hak ve borçlarını üçüncü bir kişiye devretmesidir. Devir anlaşması ile üçüncü kişi acentenin yerine sözleşmeye dahil olur ve acentenin müvekkil ile sözleşme ilişkisi sona erer. Sözleşmenin devrinin bir menfaat karşılığında yapıldığı kabul edilirse, bu durumda acenteye denkleştirmenin ödenmemesi hakkaniyete daha uygun olur. Çünkü bu durumda, sözleşmeyi devreden acente hem devirden hem de denkleştirme talebinden dolayı çifte menfaat elde etmiş olacaktır. Ancak somut olayda acentelik sözleşmesinin karşılıksız olarak devredilmesi söz konusuysa, bu durumda denkleştirme talebinde bulunulabilir.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> **KARASU:** s.305-306; **BADAK AYBAR:** s.176; 11.HD, 24.02.2020, E.2019/3459, K.2020/1928; **YILDIZ:** s.539.

<sup>29</sup> **AKIN:** s.617.

<sup>30</sup> **KARASU:** s.307; **AKIN:** s.618; **KAYA:** s.358.

<sup>31</sup> **KAYA:** s.359.

#### 4. Kısmi Fesih

Sözleşmenin feshi bakımından üzerinde durulan bir diğer konu da, sözleşmenin kısmen feshedilmesi halinde acentenin feshedilen bu kısım için denkleştirme talep edip edemeyeceğidir. Acentelik sözlenmesi kural olarak kısmi fesih yoluyla sona erdirilemez. Bu nedenle müvekkilin tek taraflı olarak, acentenin yetkili olduğu bölgeyi küçültmesi veya müşteri çevresini daraltması mümkün değildir. Özellikle taraflarca birlikte kararlaştırılmış bazı kurallar kısmî fesih yoluyla yok sayılıp, yerine tek taraflı olarak yeni kurallar koyulamaz. Sözleşmenin kısmi olarak sona ermesi, ancak böyle bir yetkinin sözleşmenin kurulması sırasında müvekkile verilmesi veya daha sonra tarafların bu konudaki anlaşmaları ile mümkündür. Acentelik sözleşmesinin kısmi olarak sona ermesi halinde, denkleştirme talep hakkı da bu kısım üzerinde doğmuş olur. Ancak, acentenin yetkili olduğu bölgenin veya müşteri çevresinin önemsiz bir oranda küçülmesi sonucunu doğuracak kısmi fesihler, hakkaniyet ilkesi gerekçesiyle denkleştirme talebi için yeterli görülmemektedir.<sup>32</sup>

#### B. Yeni Müşteriler Bulunması

Acente tarafından kazandırılan bu müşteri yeni bir müşteri olabileceği gibi, eski bir müşteri ile yeni iş bağlantıları sağlama şeklinde de olabilir. Acentenin katkısı eski müşteriler üzerinden iki şekilde olabilir. İlk olarak acente müvekkilin ticari ilişkisinin sona erdiği eski müşterileri ile irtibatı yeniden sağlayıp şirket portföyüne kazandırabilir.<sup>33</sup> İkinci olarak acente, mevcut, ancak düşük seviyedeki ticari ilişkilerin geliştirilmesini sağlayarak var olan müşterileri ile yeni ticari ilişkilerin kurulmasını sağlayabilir. Ticari ilişkilerin geliştirilmesi, TTK m.122/1-c uyarınca yapılacak hakkaniyet değerlendirmesi çerçevesinde göz önünde bulundurulması gereken bir unsur olarak kabul edilmelidir.<sup>34</sup> İşletmeye acentenin faaliyet dönemi içinde yeni müşteriler kazandırılmış olduğu durumu, acente tarafından ispat olunmalıdır. Bu bağlamda acentenin faaliyetlerinin yeni müşteri kazanılmasında kısmen etkili olduğunun ispatı da yeterlidir.<sup>35</sup>

Müşterilerin, müvekkil açısından yeni olması bir şart olarak kabul edilmesine karşılık, acente açısından yeni olması gerekmez. Acentenin daha önce yaptığı faaliyetleri için işlem yaptığı müşterilerin müvekkil ile ilk defa işlem yapmasını sağlaması durumunda müvekkil açısından yeni müşterilerin varlığı söz konusu olur. Özellikle acentenin önceki acentelik faaliyetleri sırasında bulunduğu müşterileri yeni müvekkiline aktarması durumunda müvekkile yeni müşteri kazandırmış

<sup>32</sup> **KARASU:** s.290-291; **BADAK AYBAR:** s.180; **KAYA:** s.360.

<sup>33</sup> **ARKAN:** s.244; **ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN:** s.572; **AYAN:** s.170; **KARASU:** s.292.

<sup>34</sup> **AKIN:** s.620; **KARASU:** s.292-293.

<sup>35</sup> **BOZER, Ali / GÖLE, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, B.8, Ankara 2023, s.183; **ARKAN:** s.244-245.

olmaktadır. Buna karşılık bizzat müvekkilin ya da müvekkilin önceki acentesinin kendisine bıraktığı müşteriler yeni sayılmaz.<sup>36</sup>

Müvekkilin ürün veya hizmetlerinin tanınmış markalı olması, yeni müşteri edinmede acenteye büyük oranda kolaylık sağlamaktadır. Ancak, markanın tanınmış marka olması, acentenin denkleştirme talebini engellemez. Çünkü tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için bir çabaya ihtiyaç vardır. Aksinin kabulü rekabet piyasası kurallarını önemsememek anlamına gelir. Markanın tanıtılması kadar, markaya yönelimi sağlamak ve yönelmeyi korumak da gayretle olur. Ancak, tanınmış markanın yeni müşteri edinmedeki ortak etkisi nedeniyle, hakkaniyet çerçevesinde denkleştirme miktarında indirimle gidilebilir.<sup>37</sup>

Hukukumuzda göre denkleştirme isteminden söz edilebilmesi için acentenin mutlaka “yeni” müşteriler bulmuş, bunları “işletmeye bağlamış” olması gerekmektedir. “Yeni” müşteri kavramı ile ne kastedildiği, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından da değerlendirilmiştir. Buna göre; müvekkil ile daha önce herhangi bir sözleşme ilişkisine girmemiş kişilerle acente aracılığıyla sözleşme yapılması durumunda yeni müşteri şartının sağlandığı kabul edilmiştir. Ayrıca, ABAD önemli olanın müşteri sayısı değil, acentenin faaliyetinin sürekliliği olduğunu vurgulamış ve müvekkile önemli menfaatler sağlıyor olması şartıyla tek müşterinin dahi denkleştirme istemi için yeterli olduğuna hükmetmiştir.<sup>38</sup>

### C. Müvekkilin Önemli Menfaatler Elde Etmesi

Davacı acente, müvekkile yeni müşteriler kazandırmış olmasının dışında, “bu müşteriler sebebiyle müvekkilin acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ettiğini” ispatlamak zorundadır.<sup>39</sup> Denkleştirmeye hükmedilebilmesi için acentenin kazandırdığı müşterilerin, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra da müvekkil ile çalışmaya devam ediyor olduğu ortaya konulmalıdır (TTK 122/1-b). Buna göre acente müvekkile müşteri kazandırmış olmasına rağmen, müvekkil, örneğin söz konusu alanda çalışmaya son vermişse ya da işletmesini kapattığı için anılan müşterilerle çalışmamışsa, denkleştirme talep edilemeyecektir.<sup>40</sup> Bu doğrultuda tarafların ticari defterleri incelenerek müşterilerin müvekkil ile çalışmaya devam edip etmediği konusu değerlendirilmelidir.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> **KAYA:** s. 361-362.

<sup>37</sup> **BADAK AYBAR:** s.293.

<sup>38</sup> **YILDIZ:** s.541-542.

<sup>39</sup> 11.HD, 10.05.2017, E.2016/2170, K.2017/2780. Ayrıca bkz. 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949: **YILDIZ:** s.542.

<sup>40</sup> **YILDIZ:** s.542; **AKIN:** s.621-622.

<sup>41</sup> Yargıtay, acentenin kazandırmış olduğu müşteri portföyünün, davalı tarafından sözleşmenin sona ermesinden sonra da kullanılıp kullanılmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir 11.HD, 24.02.2020, E.2019/3459, K.2020/1928: **YILDIZ:** s.543.

Buna karşılık işletme devam etmesine rağmen müvekkilin kötüniyetli bir şekilde bulunan müşterilerle işlem yapmaması halinde acentenin denkleştirme talebine hakkı olduğu kabul edilmelidir.<sup>42</sup>

Müşterilerin acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da müvekkil ile çalışmaya devam ediyor olması, denkleştirme istemi için tek başına yeterli değildir; bunun yanı sıra söz konusu çalışma sayesinde müşterilerin müvekkile önemli menfaatler sağlıyor olması da şarttır. Kendisinin kazandırdığı müşteriler sayesinde müvekkilin önemli menfaatler elde ettiği durumunu ispat yükü de, acentededir.<sup>43</sup> Önemli menfaat elde edilip edilmediği konusu, acentenin kazandırmış olduğu yeni müşteriler ile akdedilen sözleşmeler sayesinde tahsil edilen ya da edilecek gelir miktarına göre değerlendirilmelidir.<sup>44</sup>

Ayrıca, acentenin müvekkile kazandırdığı müşterilerden müvekkilin elde ettiği menfaat belirlenirken, bu müşterilerin bir kısmının zaman içinde kaybedileceği de dikkate alınmalıdır. Bir yılın başında acentenin müşterileri ile yaptığı sözleşmelerden elde edilen ciro ile yılsonunda elde edilen ciro arasında bir karşılaştırma yapılır ve ciroda bir azalma yüzdesi hesaplanır. Tespit edilecek yüzdeye “müşterilerin kayma yüzdesi” (Abwanderungsquote) adı verilir.<sup>45</sup>

Müvekkilin önemli menfaatler elde edecek olması ileriye dönük bir durum olduğundan, işlerin gelecekteki gelişimi konusunda bir tahminde bulunulması gerekir. Geleceğe dönük bu çerçevede oluşturulurken, öncelikle acentelik sözleşmesinin son bulunduğu tarihte bilinen durumlar dikkate alınır. Sözleşmenin sona ermesinden sonra ortaya çıkacak durumlar, ancak sona erme tarihinde bilinmesi veya öngörülebilmesi şartıyla dikkate alınabilir. Dolayısıyla müvekkilin kamuya açıklama yapmadan işletmeye son verme kararı almış olması denkleştirme talebinde bulunulmasına engel oluşturmaz.<sup>46</sup>

Müvekkilin, acentenin kazandırdığı müşteri çevresinden önemli bir menfaat elde edip etmediği acente tarafından kazandırılan müşteri çevresinden beklenen ticarî işlemlerin kapsamı ile acentenin faaliyet göstermediği dönemlerde müvekkilin yaptığı ticarî işlemlerin kapsamının karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma sonucunda arada bir fark tespit ediliyorsa, önemli menfaatten söz edilebilir. Ancak, bazen cironun düşmesi halinde bile, müvekkilin önemli bir menfaat elde

<sup>42</sup> **KAYA:** s.366; **AKIN:** s.622.

<sup>43</sup> 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949; **ÖZTÜRK, Refik Emre:** Marka Lisansı Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Lisans Alanın Denkleştirme İstemi, Eskişehir Barosu Dergisi, Eskişehir 2023, C.8, S.2, s.304.

<sup>44</sup> **YILDIZ:** s.543.

<sup>45</sup> **DOĞANAY, M. Zahid:** Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağıın Hesaplanması, SÜHFD, Konya 2021, C.29, S.3, s.2280; **KARASU:** s.294; **KAYA:** s.369.

<sup>46</sup> **ARKAN:** s.245.

etmesi mümkündür. Örneğin, acentenin faaliyeti sonucunda işletme zarar etmeye devam etse bile, bu zarar eskiye oranla azalmış olabilir. Kısaca; acentenin faaliyetleri olmasaydı müvekkilin malî durumunun daha kötü olacağı kabul edilebiliyorsa, önemli menfaatten söz edilebilir.<sup>47</sup>

Denkleştirme talebi için bir diğer durum da, sözleşme devam etseydi acentenin, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla ücret almaya hak kazanacağı ancak sözleşme sona erdiği için bu ücret isteme hakkından mahrum kalmış olmasıdır. Bu anlamda denkleştirmeye esas olacak ücret kaybı, acentelik ilişkisi devam etmiş olsaydı acentenin aracılık faaliyeti sonucunda müvekkilinden talep etmeye hak kazanacağı ücret tutarına göre belirlenecektir. Sözleşme devam etmiş olsaydı, acentenin faaliyetini eskisi gibi yürüteceği kabul olunur, bu bakımdan sözleşmenin sona ermesinden sonra acentenin iş göremez duruma gelmesi, ölmesi gibi durumlar hesaba katılmaz.<sup>48</sup>

Acenteye, yeni müşteriler sebebiyle elde edeceği ücret hakkı, sözleşme sona ermiş olmasına rağmen ödenmişse, bu müşterilere ilişkin kısım için denkleştirme isteminde bulunulamaz. Aynı şekilde sözleşme devam etmiş olsaydı bile ücret hakkının doğmayacağı durumlarda, hakkaniyet gereği acentenin bu tür durumlarda denkleştirme talebinde bulunamaması gerekir. Aynı şekilde, kanunda acentenin tarafından işletmeye kazandırılan müşteriler ifadesi kullanıldığından, acentenin kendine tanınan bölgede kendi katkısı olmadan kurulan işlemlerden doğan ücret hakkının kaybı için de denkleştirme talep edemez.<sup>49</sup>

Acentenin denkleştirmeye esas olacak ücret kaybı hesaplanırken, acenteye bizzat aracılığı ile yapılan veya doğrudan yaptığı/yapacağı sözleşmeler için ödenen/ödenecek asıl/kök ücret dikkate alınır. Dolayısıyla tekel hakkı sebebiyle kazanılan müşteriler ve alınan/alınacak ücretler, tahsil veya garanti komisyonu bedelleri ya da acentelik sözleşmesi dışındaki koruma ve muhafaza işlemleri sebebiyle ödenen ücretler, olağanüstü giderler ve yürütülen faiz bu bağlamda dikkate alınmaz.<sup>50</sup>

#### D. Talebin Hakkaniyete Uygun Olması

TTK m.122/1-c hükmüne göre: denkleştirme istemi ancak “hakkaniyet gerektirdiği takdirde ve oranda” talep edilebilmektedir. Buna göre: “somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak denkleştirmenin ödenmesinin adil bir sonuç olup olmayacağını belirlenmesi” gerekmektedir. Hakkaniyet unsuru ile acentenin, imaj

<sup>47</sup> KARASU: s.295; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN: s.573-574.

<sup>48</sup> ARKAN: s.246.

<sup>49</sup> KAYA: s.371, 375.

<sup>50</sup> ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN: s.574.



yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya ve rekabet piyasasında pay alma çalışmaları için gayret göstermiş olması kastedilmekte ve bu gayret ödüllendirilmektedir.

Davacının TTK m.122/1-c'de sayılan bu unsuru ispatlama yükümlülüğü yoktur; zira bu unsur kural olarak sağlanmış kabul edilmektedir. Davalı taraftan acentenin olumsuz bir tutumu bulunduğu ispatlanmadığı sürece, hakkaniyet indirimi uygulanamaz; zira gerekçenin de ifade ettiği gibi, ödemenin hakkaniyete uygun düşüyor olması, gayretin olduğu her halde (kural olarak) gerçekleşir; olumsuz tutum hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel kabul edilebilir.

Hakkaniyete uygunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği, somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Hakkaniyete uygunluk, denkleştirme talebinin şartlarından biri olduğu gibi, ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi açısından da dikkate alınması gereken önemli bir ölçüttür.<sup>51</sup>

Hakkaniyete uygun olma unsuru, diğer iki unsurun (TTK m.122/1-a/b'nin) aksine soyut nitelik taşımaktadır.<sup>52</sup> Söz konusu unsurun somut olaya nasıl uyarlanacağını göstermek amacıyla Yargıtay, 2020 yılında verdiği bazı kararlarda hakkaniyete uygunluk bakımından "sözleşmeden kaynaklanan menfaatler, sözleşmenin tarafları arasındaki risk paylaşımı, acentelik sözleşmesinin süresi, acentenin gelir miktarı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için harcanan emek ve zaman, sözleşme dışı kazanç ve kayıplar, tarafların mal varlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durum (yaşlılık, sağlık durumu, çalışma yeteneği), işin önemi, acentenin tek firma-çok firma acentesi olması, markanın etkisi (unvanın), rekabet yasasının ihlal edilmesi, sözleşmenin sona erme nedeni ve varsa kusur oranları gibi konuların" göz önüne alınıp değerlendirilmesi gerektiği belirtmiştir.<sup>53</sup>

Hakkaniyet ölçüsü esas alındığında ortaya çıkan bazı sebepler acenteye verilecek denkleştirme miktarının düşmesine, bazı sebepler ise artmasına sebep olmaktadır. Denkleştirme talebinin hakkaniyet gereği düşük tutulmasına örnek olarak, sözleşmede komisyon yanında sabit bir ücretin ödeneceğinin kararlaştırılması, sözleşme şartlarının acente lehine çok uygun yapılması veya acenteye ortalamanın üstünde ücret hakkı tanınması verilebilir. Müvekkil bu durumları ispat etmek suretiyle denkleştirme miktarında indirimine gidilmesini isteyebilir. Acentenin, müvekkil ile uzun süreli bir sözleşme ilişkisine kendini hazırladığı ve buna göre işlemler yaptığı durumlarda veya müvekkilin hiç beklenmeyen fesih beyanında ise, denkleştirme bedelinin hakkaniyet gereği yüksek tutulması gerekebilir.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> **KARASU:** s.299-300; **AKIN:** s.625, **AYAN:** s.192, **KAYA:** s.374.

<sup>52</sup> **AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR:** s.588; **YILDIZ:** s.544; **AKIN:** s.626-627.

<sup>53</sup> 11.HD, 30.06.2020, E.2019/2876, K.2020/3326; **ARKAN:** s.246; 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949; **YILDIZ:** s.544.

<sup>54</sup> **KAYA:** s.378-379.

## E. Talebin Bir Yıl İçinde İleri Sürülmesi

Denkleştirme isteminin talep edilebileceği süre, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıldır (TTK m.122/4, c.2). Denkleştirme talebinin amacının, hakkaniyet gereğince ve acentenin talebine bağlı olarak, acentenin mahrum kaldığı bir karşılığın kendisine ödenmesi olduğu göz önünde bulundurulursa, bu sürenin zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süre olarak kabulü daha doğrudur.<sup>55</sup> Yargıtay'da bu sürenin hak düşürücü nitelik taşıdığını açıkça ifade ederek anılan belirsizliği ortadan kaldırmıştır.<sup>56</sup> TTK m.122/4'de öngörülen süre, sözleşmeden kaynaklanmayan, hakkaniyet temelli bir hakkın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla getirilen bir süredir.<sup>57</sup> Bir yıllık süre, "müvekkil ile akdedilmiş olan sözleşmenin" sona ermesinden itibaren hesaplanmaktadır.

Bu kapsamda önem taşıyan bir diğer konu da; acentelik sözleşmesinden doğan tüm taleplerin TTK m.122/4,c.2 hükmündeki bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi olmadığıdır. Uygulamada denkleştirme istemi genellikle tek başına dava edilmemekte, sözleşmenin davalı tarafından haksız feshi nedeniyle komisyon, yoksun kalan kâr, gelir kaybı ve komisyon alacağı gibi taleplerle beraber ileri sürülmektedir. Söz konusu talepler arasından ise sadece denkleştirme istemi bir yıllık hak düşürücü süreye tâbidir. Acentelik sözleşmesinden doğan gelir kaybı ve komisyon alacağı talepleri ise TBK m.147/5 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Bu itibarla somut olayda dava bir yıllık hak düşürücü süre geçirildikten sonra açılmış olsa bile, davanın tamamının reddedilmemesi, denkleştirme istemi dışındaki taleplerin kendi zamanaşımı sürelerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>58</sup>

## III. DENKLEŞTİRME TALEBİNİN HESAPLANMASI

Denkleştirme talebinin şartlarının oluştuğunun tespitinden sonra, bu talebin miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Acentenin denkleştirme talebine hak kazandığının tespiti kadar, hak edilen bu ödemenin miktarının belirlenmesi de büyük önem taşımaktadır. Ancak kanun koyucu, TTK'da bu konuda bir düzenleme yapmaktan ve genel esaslar belirlemekten kaçınmıştır. TTK m.122/2'de sadece denkleştirme talebinin üst sınırı tespit edilmiştir. TTK m.122/2'ye göre; tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.

<sup>55</sup> **BÜYÜKALP SARIÖZ:** s.533-534; **BADAK AYBAR:** s.181; **KARASU:** s.291; **KAYA:** s.380.

<sup>56</sup> 11.HD. 10.06.2021, E.2020/4812, K.2021/4970; 11.HD. 04.03.2021, E.2020/2621, K.2021/2021; 19. HD. 30.03.2017, E.2016/14866, K.2017/2604; **YILDIZ:** s.546.

<sup>57</sup> **AKIN:** s.635.

<sup>58</sup> **YILDIZ:** s.546.

Tarafların sözleşmede hesaplama yöntemi olarak, TTK m.122/2'de belirtilenden başka bir yöntem kararlaştırıp kararlaştıramayacakları konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. TTK m.122/2'nin gerekçesinde, acente için daha yüksek bir miktarın talep edilmesine olanak veren hesaplama yöntemlerinin kabul edilebileceğini düzenlenmiştir. Nitekim ABAD da, acentenin lehine olması ve "en az mevzuattaki miktarı sağlıyor olması" şartıyla, sözleşme ile farklı bir hesaplama yönteminin kabul edilebileceğine hükmetmiştir.<sup>59</sup>

### A. Ham Karşılığın Bulunması

Denkleştirme talebinin ön şartları, denkleştirme miktarının hesaplanması sürecinde de rol oynamaktadırlar. Denkleştirme miktarı üç aşamalı olarak tespit edilir. İlk aşamada müvekkilin menfaati ve acentenin kaybı hesaplanır. Bulunan rakam denkleştirme miktarının ham karşılığıdır. Bu rakam, ikinci aşamada hakkaniyet değerlendirmesine tabi tutulur. Son aşamada ise hakkaniyete uygun olarak elde rakamın, kanununda öngörülen üst sınırının (TTK m.122/2) belirlenmesi gerekir.<sup>60</sup>

Ham karşılığın hesaplanmasında menfaat ve kayba ilişkin bütün somut veriler, sözleşmenin sona erdiği tarih esas alınarak belirlenir. Bu süreçte sözleşme sonrası dönemde acentenin kazandırdığı müşteri ve ticari ilişkiler sayesinde müvekkilin ne gibi menfaatler elde edebileceği hesaplanmaya çalışılır. Acentenin kaybını tahmin ederken, acentelik sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemdeki gelirler esas alınır. Özellikle acentenin son yılda elde ettiği ücret, sözleşme sonrası dönemi aydınlatıcı niteliktedir.<sup>61</sup>

Müvekkilin menfaati ve acentenin kaybı, sözleşmenin sonra ermesinden önceki dönem esas alınarak soyut olarak tahmin edilir. Bu süreçte somut olayın özelliklerinin tam anlamıyla hesaplamaya yansıtılması her zaman mümkün olmamaktadır. Hakkaniyet denetimi sayesinde somut olayın denkleştirme miktarına etki eden yönleri tespit edilerek, bu etki oranında denkleştirme miktarına son hali verilmektedir. Hakkaniyet değerlendirmesi kapsamında, sözleşme sonrası farklı nedenlerle yapılan ödemeler, tarafların kusurlu davranışları, tarafların arasındaki anlaşmalara aykırı davranışları, müvekkil markasının gücü, sözleşmenin sona erme nedenleri gibi konular dikkate alınarak değerlendirme yapılır.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> **YILDIZ:** s.545; **KAYA:** 385.

<sup>60</sup> **DARI, Abdülkadir:** Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi, HKÜHFD., Gaziantep 2019, C.9, S.17, s.382-385; **AKIN:** s.628-629; **KARASU:** s.300.

<sup>61</sup> **AKIN:** s.629 -630.

<sup>62</sup> **AKIN:** s.630; **KARASU:** s.300; **AYAN:** s.198.

## B. Üst Sınırın Hesaplanması

TTK m.122/2 uyarınca denkleştirme, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır. Müvekkil, acente tarafından kazandırılan müşteriler ile acentelik sözleşmesi sonrası da işlem yapmaya devam etmesi halinde, sözleşmenin geçerli olduğu dönemdeki ortalama, denkleştirme miktarının tespitinde üst sınır olarak kabul edilmektedir.

Acentenin acentelik faaliyeti karşılığında müvekkilden aldığı bütün ücretler üst sınırın hesaplamasında göz önünde bulundurulur. Tespit edilecek rakamın üst sınır olması nedeniyle bütün ödemelerin hesaplama dahil edilmesi hakkaniyete de uygundur. Müvekkil ile acente arasındaki sözleşme ilişkisinin beş yıldan kısa sürmesi durumunda, sözleşmenin devamı sırasındaki yıllık ortalama esas alınır. Sözleşmenin bir yıldan kısa sürmesi halinde, üst sınır bu sürenin ortalamasına göre hesaplanır.<sup>63</sup>

## IV. TALEPTE BULUNULAMAYACAK DURUMLAR

TTK m.122/3'de acentenin denkleştirme talebinde bulunamayacağı durumlar belirtilmiştir. Buna göre; müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmiş veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı nedenlerle feshedilmişse, acente denkleştirme talebinde bulunamaz. Bu durumlarda acentenin denkleştirme talep edememesi, denkleştirme talebini düzenleyen hükmün hakkaniyet karakterinin doğal bir sonucudur.

### A. Haklı Bir Sebep Olmadan Acentenin Sözleşmeyi Feshetmesi

Sözleşmenin acente tarafından feshedilmesi durumunda, kural olarak denkleştirme talebinde bulunulamaz. Müvekkilin herhangi bir eylemi sonucunda acenteden sözlenmenin devam ettirilmesi artık beklenemiyorsa, denkleştirme talep edilebilir. Başka bir deyişle müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi varsa veya hastalık, yaşlılık gibi objektif bir nedenden dolayı sözleşme ilişkisini devam ettirmesi kendisinden beklenmiyorsa, acente tarafından yapılacak fesih denkleştirme isteminde bulunulmasını engellemez. Acente sözleşmenin feshedilmesini haklı gösterecek müvekkil eyleminin ne olduğunu uyuşmazlık durumunda ispat etmekte yükümlüdür.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> AKIN: s.631; KARASU: s.303; KAYA: s.386-387.

<sup>64</sup> UZUNALLI, Sevilay: Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İsteminde Hak Kazanması, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Ankara 2019, C.5, S.1, s.118. KARASU: 305; KAYA: 389-391.

## B. Acentenin Kusuru Sebebiyle Sözleşmenin Müvekkil Tarafından Feshedilmesi

Acentelik sözlenmesini müvekkilin feshetmesi durumunda, acente kural olarak denkleştirme talep edebilir. Ancak bu fesih, acentenin kusurlu davranımlarına dayanan bir nedenden kaynaklanıyorsa, acente denkleştirme talebinde bulunamaz. Feshi haklı kılan nedenin aynı zamanda bizzat acentenin kusurlu davranışlarına dayanması gerekir. Acentenin davranışının kusurlu olduğu ve bunun fesih için haklı sebep oluşturduğunu uyuşmazlık durumunda müvekkil ispat etmelidir. Acentenin yardımcılarının kusurlu davranışları, denkleştirme talep etme hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde acente çalışanlarının kusurlu davranışlarından da sorumlu olur.<sup>65</sup>

## C. Müvekkil ve Acente Arasında Yapılan Bir Anlaşma Gereğince Üçüncü Bir Kişinin Acentenin Yerini Alması

Acentenin denkleştirme isteminde bulunamayacağı durumların belirlendiği TTK m.123/3'te, acentelik sözleşmesine üçüncü bir kişinin katılması konusunda acente ile müvekkil arasında yapılan bir anlaşmanın denkleştirme talebi üzerindeki etkisi konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda Karasu, acentenin denkleştirme talebinde bulunamayacağını çünkü bu sözleşme ile üçüncü kişinin kural olarak acentelik sözleşmesinden doğan bütün hak ve yükümlülükleri devralarak acentelik sözleşmesine devam etmekte olduğunu belirtmiştir. Kaya da, acentenin denkleştirme talebinde bulunamayacağını bunun nedeni olarak da, acentenin sözleşme ilişkisinden ayrılmasından dolayı çifte menfaat elde etmesinin önlenmesi olduğunu ifade etmiştir.<sup>66</sup>

Burada TBK m.205 hükmüne baktığımızda, sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma şeklinde tanımlanmıştır. Burada bir feragat söz konusu değildir. Yapılan bu sözleşme ile üçüncü kişi kural olarak acentelik sözlenmesinden doğan bütün hak ve yükümlülükleri devralarak acentelik sözleşmesine devam etmektedir. Sözleşmeye katılan acente, eski acentenin sahip olduğu diğer hakları devraldığı gibi, denkleştirme talep etme hakkını da devralmaktadır.

## V. DENKLEŞTİRME TALEBİNİN VAZGEÇİLMEZLİĞİ

TTK m.122/4 hükmünde ekonomik bakımdan müvekkile karşı zayıf konumda bulunan acenteyi korumak amacıyla, denkleştirme talebinden sözleşmenin sona ermesinden önce vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir. Bundan dolayı,

<sup>65</sup> KARASU: 306-307; KAYA: s.392-393.

<sup>66</sup> KARASU: 307; KAYA: s.394-395.

acente bu talep hakkında ileriye dönük olarak feragat edemez. Getirilen bu kısıtlama ile acentenin, özellikle sözleşme yapılırken veya sözleşmenin devamı sırasında, müvekkilin baskısı sonucu sahip olduğu denkleştirme hakkını kaybetmesi engellenmeye çalışılmıştır.

Buna karşılık hükmün gerekçesine göre, acentelik sözleşmesinin yapılmasından sonra denkleştirme talebinden feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak veya kanunu dolanmak anlamı taşımamak şartıyla geçerlidir. Ancak bu halde de acentenin, tehdit, dayatma veya benzeri zorlamalarla bu hakkından vazgeçip geçmediği özenle araştırılmalıdır. Gerekçe de sözleşme ilişkisi başladıktan sonra denkleştirme isteminden vazgeçilebileceği şeklinde kanun hükmü ile çelişen yanlış anlaşılmalara yol açabilecek ifadeler kullanılmıştır. Acentenin zayıf konumu acentelik sözleşmesi öncesi var olduğu gibi, sözleşme sırasında da bu zayıf konumu devam ettirmektedir. Bu nedenle bu iki süreç arasında kanunun uygulanışı anlamında bir farklılığın bulunmaması gerekir.<sup>67</sup>

Tehdit, dayatma veya benzeri zorlamaların bulunmadığı durumlarda acentenin talepten vazgeçmesinin özgür irade ile yapıldığı ve bu yüzden sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilerek böyle durumlarda talepten vazgeçmeye geçerlilik kazandırıldığı görülmektedir. Acente bu hakkından vazgeçmek istiyorsa, sözleşmenin sona ermesini beklemelidir. TTK m.122/4'de denkleştirme isteminden sözleşmenin sona ermesinden önceden vazgeçilemeyeceği belirtildiğinden, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra veya tarafların sözleşmeyi sona erdirmek için anlaşmaları halinde bu haktan vazgeçilebilir.<sup>68</sup>

## SONUÇ

Acentenin denkleştirme talebine hak kazanabilmesi için, TTK 122. maddesinde belirtilen şekli ve maddi şartların gerçekleşmesi gerekir. Denkleştirme talep hakkının şekli şartları, acentelik sözleşmesinin sona ermesi ve talebin bir yıl içinde ileri sürülmesidir. Acente lehine denkleştirme talebine hükmedilebilmesi için, şekli şartların yanında TTK 122. madde de üç bent halinde sayılan maddi şartların da gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, müvekkil, acentenin elde ettiği yeni müşterilerden acentelik sözleşmesinden sonra da önemli bir fayda sağlamalıdır. İkinci olarak acentenin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle bir ücret kaybına uğraması gerekir. Son olarak somut olayın tüm özellikleri dikkate alındığında, acenteye bir denkleştirme talebinin ödenmesi hakkaniyete uygun olmalıdır.

<sup>67</sup> AKIN: s.632-633.

<sup>68</sup> KAYA: s.398; KARASU: s.309.

Denkleştirme talebinin şartlarının oluştuğunun tespitinden sonra, bu talebin miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Acentenin denkleştirme talebine hak kazandığının tespiti kadar, hak edilen bu ödemenin miktarının belirlenmesi de büyük önem taşımaktadır. TTK m.122/2'de sadece denkleştirme talebinin üst sınırı tespit edilmiştir.

TTK m.122/3'de acentenin denkleştirme talebinde bulunamayacağı durumlar sayılmıştır. Buna göre; müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişe veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı nedenlerle feshedilmişe, acente denkleştirme talebinde bulunamaz. Bu durumlarda acentenin denkleştirme talep edememesi, denkleştirme talebini düzenleyen hükmün hakkaniyet karakterinin doğal bir sonucudur.

TTK m.122/4 hükmünde ekonomik bakımdan müvekkile karşı zayıf konumda bulunan acenteyi korumak amacıyla, denkleştirme talebinden sözleşmenin sona ermesinden önce vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir. Bundan dolayı, acente bu talep hakkından ileriye dönük olarak feragat edemez. Getirilen bu kısıtlama ile acentenin, özellikle sözleşme yapılırken veya sözleşmenin devamı sırasında, müvekkilin baskısı sonucu sahip olduğu denkleştirme hakkını kaybetmesi engellenmeye çalışılmıştır.

**KAYNAKÇA**

- AKIN, İrfan:** Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, AÜHFĐ., Ankara 2013, C. 62, S. 3, s.613-641.
- ALIŞKAN, Murat / GENÇTÜRK, Muharrem:** Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK'nın 129. Maddesine Göre Komisyon Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente ile Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu, Tekinalp'e Armağan, C.1, İstanbul 2003, s.19-43.
- ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, B.29, Ankara 2023.
- AYAN, Özge:** Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, B.1, Ankara 2008.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, B.15, Ankara 2022.
- BADAK AYBAR, Zehra:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi, İTÜSD., İstanbul 2013, C: 12, S: 24, s.167-201.
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, B.8, Ankara 2023.
- BÜYÜKALP SARIÖZ, İpek:** Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2019, C.21, S.2, s.523-580.
- CAN, Ozan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Acentelikle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, MÜHFAD., İstanbul 2012, C: 18, S: 2, s.81-96.
- CAN, Ozan:** Acentenin Denkleştirme İstemine ve Rekabet Yasası Anlaşmasına İlişkin Hükümlerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 103(1). Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanırlığı, HÜHFĐ., C: 2, S: 1, s.27-36.
- DARI, Abdülkadir:** Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi, HKÜHFĐ., Gaziantep 2019, C.9, S.17, s.373-393.
- DOĞANAY, Muhammed Zahid:** Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması, SÜHFĐ, Konya 2021, C.29, S.3, s.2267-2307.
- HATİPOĞLU, Ayşe Gül:** Acentelerin Denkleştirme İsteminin Belirlenmesinde Gelirin Tespiti ve Muhasebeleştirme Sorunu: Çözüm Önerisi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Elazığ 2012, C: 22, S: 2, s.177-187.
- İMREGÜN, Oğuz:** Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2004.
- KALENDER, Emre:** Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122'nin, Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanamayacağı, İÜHFĐ., Malatya 2017, C: 8, S: 1, s.91-112.
- KARAMANLIOĞLU; Argun:** Acentenin Hastalık veya Yaşlılık Gerekçesiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu, İKÜHFĐ, 2017, C: 16, S: 2, s.141-172.
- KARASU, Rauf:** Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi, AÜHFĐ., Ankara 2008, C.57, S.4, s.283-318.



**KAYA, Mustafa İsmail:** Acentelik Hukuku, B.2, Ankara 2022.

**KAYIHAN, Şaban:** Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2011.

**ÖZTÜRK, Refik Emre:** Marka Lisansı Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Lisans Alanın Denkleştirme İstemi, Eskişehir Barosu Dergisi, Eskişehir 2023, C.8, S.2, s.285-313.

**ŞAHİN, Adem:** Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstem Hakkı, MÜHFHAD.,(Cevdet Yavuz'a Armağan), İstanbul 2016, C.22, S.3, s.2531-2555.

**TEKİN, Ufuk:** Türk Ticaret Kanunu m.121/5 Hükmüne İhtiyaç Var Mıdır?, BATİDER, Ankara 2018, C.34, S.1, s.171-177.

**TEKİNALP, Ünal:** Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçesi Talebi, Bozer'e Armağan, Ankara 1996.

**TOPÇUOĞLU, Metin:** Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, B.1, Ankara 2006.

**TUNÇOL, İbrahim:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi, İBD., İzmir 2016, C.81, S.1, s.99-172.

**UZUNALLI, Sevilay:** Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Ankara 2019, C.5, S.1, s.115-130.

**ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsun:** Ticari İşletme Hukuku, B.8, İstanbul 2023.

**YILDIZ, Burçak:** Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, İÜHFD, Malatya 2022, C.13, S.2, s.534-548.



# Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali<sup>(\*)</sup>

## Loss and Annulment of Negotiable Instruments

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Kıymetli evrakta hak ve senedin iç içe geçmişliği ve hakkın senetten ayrı olarak devredilememesi ve ileri sürüle-memesi, kıymetli evrakın zayı olması durumunda hak sahibi bakımından önemli sorunlar oluşturur. Çünkü senedin zilyetliği alacaklı da olmadığı sürece, senedin içerdiği hakkını ileri sürmesi de mümkün olmaz. Kıymetli evrakın ziyayı durumunda hak sahibinin seneteki hakkını yine de ileri sürebilmesi için özel bir iptal usulü getirilmiştir. İptal kararını alan hak sahibi, hakkını senet olmaksızın ileri sürme olanağına kavuştuğu gibi, borçlu da zayı olan senedi ibraz eden kişiye ödeme yapma yükümünden kurtarılarak, tekrar ödeme yapma riski önlenmiş olmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Kıymetli Evrak, Ziya, İptal, Ödeme Yasağı.

### Abstract:

The intertwined nature of rights and promissory notes in negotiable instruments and the inability to transfer or assert the right separately from the promissory note creates important problems for the right holder in case negotiable instruments is loss or damaged. Because as long as the holder does not have possession of the promissory note, it is not possible for him to assert his rights contained in the promissory note. A special cancellation procedure has been introduced so that the beneficiary can still assert his rights in the instrument in case of loss of the negotiable instrument. The rightful owner who takes the cancellation decision has the opportunity to assert his right without a promissory note, and the debtor is relieved of the obligation to pay the person who presented the lost promissory note, thus preventing the risk of making repayments.

### Keywords:

Negotiable Instruments, Loss, Annulment, Payment Prohibition.

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 09.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 30.05.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: acunal@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1206-1946>.

## GİRİŞ

TTK m.645 hükmüne göre; kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez. Bu hükme göre kıymetli evrak, maddi bir değeri olan, bu çerçevede sahibine bir alacak hakkı, ortaklık hakkı ya da eşya hukukundan doğan hakları sağlayan senetlerdir. Kıymetli evrakın bir hak içermesi ve bu hakkın devredilebilir olması, yüksek tutarların ödenmesini sağlaması ticari hayatta yaygın bir şekilde kullanılmasına neden olmaktadır.

Kıymetli evrakta hak ve senedin iç içe geçmişliği ve hakkın senetten ayrı olarak devredilememesi ve ileri sürülememesi, senedin kaybı veya zayi olması durumunda hak sahibi bakımından önemli sorunlar oluşturur. Çünkü senedin zilyetliği alacaklıda olmadığı sürece senedin içerdiği hakkını ileri sürmesi de mümkün olmaz. Adi senetlerde olmayan bu özellik dolayısıyla kıymetli evrakın zıyayı durumunda hak sahibinin senetteki hakkını yine de ileri sürebilmesi için özel bir iptal usulü getirilmiştir. İptal kararı sayesinde kıymetli evraktaki hak ve senet arasındaki bağ çözülmekte, böylece iptal kararını alan hak sahibi, hakkını senet olmaksızın ileri sürme olanağına kavuştuğu gibi, borçlu da kaybolan senedi ibraz eden kişiye ödeme yapma yükümünden kurtarılarak, tekrar ödeme yapma riski önlenmiş olmaktadır. Kıymetli evrakın zıyayı durumunda, senet tamamen yok olsa bile, senede bağlı haklar kaybolmamaktadır.<sup>1</sup>

TBK m.105 hükmüne göre; alacaklı, adi borç senedini kaybettiğini iddia ederse, borçlunun istemi üzerine, borcu ödeme sırasında, kendisine borç senedinin iptalini ve borcun sona ermiş olduğunu gösteren resmen düzenlenmiş veya usulüne göre onaylanmış bir belge vermek zorundadır. Kıymetli evraktan farklı olarak, yalnızca ispat işlevi bulunduğundan zayı olan adi borç senetlerinin iptali için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaz. Ancak kıymetli evrakın tedavül özelliği olması nedeniyle özel bir iptal usulü öngörülmüştür. Zira TBK'nın 105. maddesi de kıymetli evraka ilişkin hükümleri saklı tutmuştur.

## I. KIYMETLİ EVRAKIN ZIYAI

Kıymetli evrakın zayı olması (zıyayı) kanunda tanımlanmamıştır. Ancak genel bir tanım yapacak olursak, kıymetli evrakın doğal afetler veya hamilin ya da üçüncü bir kişinin davranışları sonucunda, senedin hamilinin elinden rızası dışında çıkması ve artık ibrazının mümkün olmaması veya senedin hamilin elinde olmasına rağmen silinmesi, üzerine bir şey dökülmesi gibi nedenlerle üzerindeki hakkın ileri

<sup>1</sup> **BOZKURT, Tamer:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2022, s.119-120; **KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.7, İstanbul 2023, s.57; **ÖZDAMAR, Mehmet / GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi / KAŞAK, Esra:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 2021, s.73.

sürülememesi, zorlaşmasıdır.<sup>2</sup> Kıymetli evrakın zayı olması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bundan dolayı bu durumlar, sınırlayıcı olarak belirtilemez.

Hangi durumların varlığında kıymetli evrakın iptalinin istenebileceği konusunda Türk Ticaret Kanununda terminolojik açıdan bir yeknesaklık yoktur. TTK m.651'de "zayı olmak", TTK m.661/3, m.663'de "zayı etmek", TTK m.661/4, m.849'da "kaybetmek", TTK m.661/4'de, m.849 "ziya", TTK m.667/1'de "irade dışı elden çıkma", TTK m.757/1'de "ziyaa uğramak" kavramları kullanılmıştır. Bu kavramlar içinde hem kanunda daha çok kullanılması hem de yargı kararlarında daha yerleşik olması nedeniyle ziya ve zayı olma terimleri tercih edilmektedir. TTK m.651'in madde gerekçesinde de, ziya ve zayı kelimelerinin tüm anlamlarını içeren bir kelime karşılığı olmadığından, bu kelime yerine Öz Türkçe bir kelime kullanılmadığı ifade edilmiştir.

Zayı olma kavramı, kıymetli evrakın metninin yazıldığı kâğıt ile ilgilidir. Kıymetli evrakın içerdiği hak ile bir ilgisi yoktur. Buna karşılık, zilyetliğin geçici bir süre ile kaybedilmesi, kıymetli evrakın zayı olması sonucunu doğurmaz. Zayı olan senedin fotokopisinin ya da bir kopyasının mevcut olmasının senedin iptalini isteyen hamilin inandırıcı olması dışında bir önemi yoktur. Buna karşılık kullanılmayacak derecede yıpranmış bir senedin içeriği anlaşılabilirse, zayı olmadığı kabul edilerek ve iptaline gerek olmadan hamili, borçlusundan kendisine yeni bir senet verilmesini talep edebilmelidir.<sup>3</sup>

## II. KIYMETLİ EVRAKIN ZIYAI NEDENİYLE İPTALİ

Senet elinden çıkan hamilin öncelikle, borçluya yönelik ödeme yasağı kararı<sup>4</sup> verilmesine ilişkin ihtiyati tedbir talebinde bulunur. Bu tedbir kaybedilen senedin üçüncü kişilerin eline geçmesi ve bunlar tarafından borçluya ibraz olunarak, ifa talebinde bulunulması ihtimaline karşı gereklidir. Bu ilk tedbir alındıktan sonra senedin kimin elinde olduğunun bilinip, bilinmemesine göre farklı yollar izlenir. Senedin kimin elinde olduğu biliniyorsa, senedi kaybeden kişinin bu kimse

<sup>2</sup> **ÜLGEN, HÜSEYİN / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsün:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.11, İstanbul 2019, s.54; **SEVİ, Ali Murat:** Pay Senetleri ve İlmühaberlerin Zayı Olması ve İptali, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2022, C.17, S.187, s.10; **GÜLTEKİN, Özkan:** Kıymetli Evrakın Ziyayı Nedeniyle İptalinde İptal Kararı Hamilinin (Davacının) Borçlularına Rücu Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2007, C.2, S.10, s.61; **DİRİKKAN ÖZTÜRK, Hanife:** Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali, Ankara 1990, s.8.

<sup>3</sup> **BOZER, Ali / GÖLE, Celal:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.10, Ankara 2021, s.43-44; **PULAŞLI, Hasan:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.10, Ankara 2023, s.91; **COŞKUN, Mahmut:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.7, Ankara 2022, s.1127.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **SEVEN, Vural / YILMAZ, Gülşah:** Kambiyo Senetlerinin Ziyayı Halinde İptal Talebi Nedeniyle Verilen Ödeme Yasağı Kararı ile İlgili Uygulamada Yaşanan Sorunlar, TBB Dergisi, 2022, S.158, s.257-286.

aleyhine senedin iadesi davası açması gerekir. Senedin kimin elinde bulunduğu bilinmiyorsa, senedin elinden isteği dışında çıktığını iddia eden kişinin, senedin TTK hükümleri dahilinde iptalini istemekten başka çaresi kalmaz.

Bizim çalışmamızda değineceğimiz kıymetli evrakın zayi olması halinde açılan iptal davaları ile Türk Ticaret Kanununda düzenlenmeyen ancak isim benzerliği olan bedelsizlik sebebi ile açılan iptal davalarını birbiri ile karıştırmamak gerekir. Uygulamada özellikle kambiyo senetlerinin mücerretliğinin yarattığı risk dolayısıyla, lehdarın temeldeki borç ilişkisinden doğan edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesine rağmen senet bedelini tahsil etmek için girişimde bulunması durumunda borçlu bu senedin iptalini istemektedir. Ancak bu iptal teknik anlamda iptal değil, İİK m.72'deki menfi tespit davası niteliğindedir.

Kıymetli evrakın iptali, zayi olan kıymetli evrakın geçersiz duruma geldiğinin mahkeme kararı ile tespit edilmesidir. Ancak burada kıymetli evrakın doğumuna neden olan asıl borç ilişkisinin ortadan kalktığı durumlarda, senedin borçluları, kıymetli evrakın bedelsiz kaldığı gerekçesiyle menfi tespit davası niteliğinde senedin lehdarına ya da kötü niyetli hamillerine karşı uygulamada senedin iptali davası açmaktadırlar.<sup>5</sup>

Kıymetli evrakın iptali çekişmesiz yargı işidir (HMK m.382/2-e-6). Çünkü iptalde ilgililer arasında bir çekişme olmadığı için ne bir kişinin diğerine karşı ileri sürebileceği bir hak ne de hâkimin re'sen harekete geçeceği bir durum söz konusudur. Bundan dolayı iptal isteminde hasım yoktur. Çekişmesiz yargı kararlarının kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi ilkesi (HMK m.388/1), iptal kararlarında da uygulama alanı bulur. İptal kararının, hakları bu kararla zarar görenler tarafından, aynı mahkemeye başvurularak iptal ettirilmesi de mümkündür.<sup>6</sup>

Kıymetli evrak niteliğini taşıyan bütün senetlerin zıya ve iptalinde uygulanacak genel nitelikli hükümler, TTK.651 (iptalin şartları) ve TTK m.652'de (iptal kararının etkisi) iki madde olarak düzenlenmiştir. Bunlar, bütün kıymetli evrak türlerinin iptali için ortak hüküm niteliğindedir. Daha sonra çeşitli kıymetli evrak türleri bakımından (nama, hamiline, emre) konu ileri maddelerde tekrar düzenlenmiştir (TTK m.657, m.661-669, m.757-765, m.831/1). Bazı durumlarda ise konu sadece belli bir senede özel olarak ele alınmıştır (TTK m.669, m.757-765, m.849).

<sup>5</sup> **BOZER / GÖLE:** s.44.

<sup>6</sup> **ÖZTAN, Firat:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.21, Ankara 2017, s.54-55; **KAYIHAN, Şaban:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.8, Ankara 2021, s.84; **BÖRÜ, Levent / KOÇYİĞİT, İlker:** Kıymetli Evrakın İptaline İlişkin Çekişmesiz Yargı İşinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Değerlendirme, BATİDER, Ankara 2013, C.28, S.1, s.315; **SÖNMEZ, Melih:** Kambiyo Senetlerinin Zıya Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi, TBB Dergisi, 2022, S.159, s.444; **CAN:** s.42; **BOZKURT:** s.120; **KENDİGELEN /KIRCA:** s.60; **BOZER / GÖLE:** s.50; **DİRİKKAN ÖZTÜRK:** s.75.

Kıymetli evrakın iptaline ilişkin düzenlemelerde farklılıklar daha çok iptal usulünde olmakla birlikte, bunlar çok büyük çapta değildir. Önleyici tedbirler ile iptal kararının etkileri bakımından da ilgili hükümler arasında esaslı farklılıklar bulunmamaktadır. Bundan dolayı, kıymetli evrakın iptaline ilişkin TTK'da bu şekilde dağılık düzenlemeler yapmak yerine, ortak bir düzenleme yoluna gidilmesi ve bu düzenlemede ortak hükümlerin yanında gerektiği takdirde çeşitli kıymetli evrak türleri için istisnai nitelikte hükümler öngörülmesi de lege feranda uygun olacaktır.<sup>7</sup>

Zayi olan bir kıymetli evrakın iptalinin talep edilebilmesi için çeşitli koşulların varlığı aranmaktadır. Buna göre senedin iptali için; senedin zayi olması (TTK m.651/1), senetteki hakkın varlığını sürdürüyor olması, talep sahibinin senet zayi olduğu anda ya da zıyaı ortaya çıktığında hak sahibi olması (TTK m.651/2) ve zayi olan senedin zilyetliğinin yeniden kazanmanın olanaklı olmaması gerekmektedir. Senedin hamili, sayılan koşulların varlığı halinde mahkemeye başvurarak zayi olunan senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir. Bu durumda TTK m.757 ve devamı maddelerde yer alan emre yazılı senetlere özgü iptal usulü uygulanarak senedin iptaline karar verilir.

### III. İPTAL DAVASININ ŞARTLARI VE HÜKÜMLERİ

#### A. Şartları

Türk Ticaret Kanunu'nun zıya ve iptale ilişkin genel esaslarında belirtildiği üzere, bir senedin iptalinin hangi şartlar altında talep olunabileceğini aşağıda belirtilen şekilde tespit etmek mümkündür.

#### 1. Senedin Zayi Olması

İptal davasının ilk şartı, senedin zayi olmuş olmasıdır. Zayi olma senette yer alan hakka ilişkin olmayıp, senede ilişkin bir durumdur.<sup>8</sup> Senedin zayi olması, senedin hak sahibinin isteği dışında elden çıkması veya maddi olarak senedin mevcut olmaması nedeniyle ibrazının mümkün olmamasıdır.

Senedin zayi olması nedeniyle hasımsız olarak açılan iptal davasında, davacının mahkemeye senedin maddi varlığını ispat etmesi değil; senedin varlığı ile ilgili olumlu kanaat verecek kadar delil sunması yeterli olmalıdır. Aksi takdirde davacının daha çok ispata zorlanması, zıya nedeniyle kıymetli evrakın iptalinin dava edilmesini imkânsız hale getirir.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> KENDİGELEN / KIRCA: s.60.

<sup>8</sup> ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 1997, s.269; GÜLTEKİN, Özkan; Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali, B.7, Ankara 2013, s.87; PULAŞLI: s.91; BOZER/GÖLE: s.43-44.

<sup>9</sup> 11. HD., T.16.11.2015, E.2015/9453, K.2015/12037; PULAŞLI: s.91, dn.4.

## 2. Senette Yer Alan Hakkın Hâlen Mevcut Olması

Kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte, işin niteliği gereği bir senedin iptaline karar verilebilmesi için, senedi zayi eden kişinin, başka bir deyişle iptal talebinde bulunacak kişinin, senede bağlı olan hakkının ortadan kalkmamış olması gerekir. Bu hak, örneğin senet zayi olduktan sonra borçlu tarafından borcun ifa edilmesi ile ortadan kalkmışsa, artık senedin iptalinin istenmesinde hukuki bir yarar yoktur. Aynı şekilde, bu hak senedin zayıyından önce doğmamışsa ve kayıptan sonrada doğma imkânı olmamışsa senedin iptalinin dava edilmesi mümkün değildir. Senetteki hakkın zamanaşımına uğraması veya borçlu tarafından dava konusu yapılması iptal kararı verilmesini engellemez.<sup>10</sup>

## 3. İptali Talep Edenin Hak Sahibi Olması

Kıymetli evrakın zıyayı nedeniyle iptalinin dava edilebilmesi için davacının senedin kayb olduğu veya bunun öğrenildiği anda senetteki hakkın alacaklısı sıfatını taşıması gerekir. TTK m.651/2 hükmüne göre; kıymetli evrakın zayı olduğu veya zıyanın ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir. Senet üzerinde hak sahibi olan kişi ile belirtmek istenen, senedin maliki dışında, senette yazılı hakkın alacaklısı, zilyedi, intifa hakkı sahibi veya senedi rehin alan hamil olmasıdır.<sup>11</sup>

## 4. Senet Zilyetliğinin Yeniden Kazanılmasının Mümkün Olmaması

Kıymetli evrakın zıyayı sebebiyle iptali, alacaklı lehine kabul edilmiş yasal bir kolaylıktır. Bu nedenle, senedin kaybının geçici değil devamlı olması gerekir. Örneğin senedin kimin elinde olduğu biliniyorsa, bu durumda senet zilyetliğinin yeniden kazanılması ancak açılacak bir istirdat davası veya iade davası ile mümkündür (TTK m.758/1); dolayısıyla iptal davası açılmaz.

## 5. Senedin Kanunen İptali Mümkün Bir Senet Olması

Türk Ticaret Kanunu'nda sadece kıymetli evrakın iptalinin dava edilebileceği öngörüldüğünden, sadece kıymetli evrakın iptali talep edilebilir. Buna göre, adi borç senetleri, limited şirket tarafından çıkarılan pay senetleri ve kooperatifler tarafından çıkarılan ortaklık senetleri, kıymetli evrak niteliğinde senetler olmadığından, TTK'daki hükümlere göre iptali istenilemez.<sup>12</sup>

Ayrıca zayı olması nedeniyle iptali dava edilen kıymetli evrakın, senet türüne göre, kanunda öngörülen zorunlu unsurları da içermesi gerekir. Senette bulunması

<sup>10</sup> KINACIOĞLU, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, B.5, Ankara 1999, s.56; ÖZTAN: s.270-271 (1997); PULAŞLI: s.92; CAN: s.43; KENDİGELEN / KIRCA: s.63-64.

<sup>11</sup> ÖZTAN: s.271-272 (1997); PULAŞLI: s.92; ÖZTÜRK DİRİKKAN: s.22; BOZKURT: s.124.

<sup>12</sup> ÖZTAN: s.273 (1997); PULAŞLI: s.93.



zorunlu unsurlardan birinin bulunmaması halinde, geçerli bir senet söz konusu olmayacağından, kıymetli evrakın da zayı nedeniyle iptalinin dava edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde boş çek yaprak veya yapraklarının zayı olduğu gerekçesi ile iptalinin dava edilmesi mümkün değildir çünkü henüz doldurulmamış boş çek yaprağı, çek niteliğinde olmadığından zıya nedeniyle iptali dava edilemez.<sup>13</sup>

## B. Hükümleri

Mahkeme tarafından verilen iptal kararının esas itibarıyla iki etkisi vardır. İlk etkisine baktığımızda, bu iptal kararı; davacının hak sahipliğini borçluya göstermesi bakımından önemlidir. Başka bir deyişle, hak sahibi için bir teşhis işlevi yaratmasıdır. Bu durum iptal kararının olumlu sonucudur. Mahkemenin verdiği iptal kararı borçluya ibraz edilerek hak talep edilir. Böylece, davacı senet olmaksızın iptal kararını göstermek ve kimliğini de ispat etmek suretiyle borçludan ifayı talep edebilir.<sup>14</sup>

İkinci olarak, verilen iptal kararıyla kıymetli evrakın teşhis işlevi kaldırılmaktadır. Bu durum; iptal kararının olumsuz sonucudur. İptal kararının her iki etkisi de hak sahipliğinin teşhisine ilişkindir. Maddi hukuk yönünden kararın herhangi bir etkisi yoktur. Başka bir deyişle, iptal hükmü, senedi zayı eden hamile, ifayı senetsiz talep etme veya vade gelmemişse yeni bir senet düzenleme hakkını verme konularında kolaylık sağlamakla birlikte, onun haklı olduğunu veya hakkın varlığını karara bağlamamaktadır.<sup>15</sup> Buna göre, senet borçlusunu, iptal kararından sonra, senedin ibrazı halinde ödeme yapamaz, ancak iptale ilişkin mahkeme kararının ibrazında borcu ifa ederse, borcundan kurtulur. Bu durumda, iptal kararından sonra senedi iyiniyetle iktisap eden üçüncü kişi, ödeme yapılması halinde, ödeme yapana karşı TBK m.77 hükümleri uyarınca sebepsiz zenginleşme davası açabilir.<sup>16</sup>

İptal kararının her iki etkisi de “hak sahipliğinin teşhisine” ilişkindir. İptal kararı sadece, davacının senedi ibraz edememesine rağmen, hak sahibiymiş gibi kabul edilmesini sağlar. İptal kararı ile kıymetli evrakta hak ile senet arasındaki mevcut sıkı bağıllık ancak bu ölçüde çözülmektedir. İptal kararı, hakkın içeriğinde bir değişiklik yapmaz; davacı ancak kaybettiği senette mevcut olanları talep edebilir. Borçlu, iptal kararını ibraz etmesi şartıyla, iptal talebinde bulunan kişiye

<sup>13</sup> 11.HD. T. 09.05.2016, E.2015/10534, K.2016/5197; **PULAŞLI**: s.95.

<sup>14</sup> 11. HD. T.12.06.2017, E.2016/1132, K. 2016/3639; **BOZKURT**: s.129; **ÖZTAN**: s.57 (2017); **PULAŞLI**: s.103; **KINACIOĞLU**: s.58-59; **KENDİGELEN / KIRCA**: s.72; **KAYIHAN**: s.88.

<sup>15</sup> **İMREGÜN, Oğuz**: Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali, Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.201; **GÜLTEKİN, Özkan**: Kıymetli Evrakın Zayı Olması Halinde Hamilin Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2007, C.2, S.16, s.35; **ÖZDAMAR / GÖKTÜRK / CAN / KAŞAK**: s.79; **GÜLTEKİN**: s.63 (Rücu); **ÖZTAN**: s.57-58 (2017); **PULAŞLI**: s.103; **KENDİGELEN / KIRCA**: s.72; **BOZKURT**: s.128-129; **KAYIHAN**: s.88.

<sup>16</sup> **PULAŞLI**: s.104; **BOZER/GÖLE**: s.49; **ÖZDAMAR / GÖKTÜRK / CAN / KAŞAK**: s.79; **ÜLGEN / HELVACI / ARSLAN / NOMER ERTAN**: s.57.

ödeme yaparak, TTK m.646/2 ve m.710/3 hükmü saklı kalmak üzere, borcundan kurtulur. Bununla birlikte senedi zayi eden, senedin ibraz edilmesi haline nazaran hukuken daha iyi bir konumda değildir. Çünkü iptal kararına rağmen borçlu, maddi hukuka ait olan hakkın varlığına ve zayi edenin hak sahipliğine ilişkin defileri ileri sürebilir. Örneğin; borçlu, iptal kararına rağmen, zayi nedeniyle iptal kararı alan kişinin senedin sahibi olmadığını, senedi çaldığını ya da ehliyetsizlik sebebiyle hakkın mevcut olmadığına ilişkin def'ileri ileri sürebilir.<sup>17</sup>

İptal kararı ile davacı haklarını asıl borçluya karşı ileri sürebilir. Buna karşılık müracaat borçlularına başvurma hakkı vermez. Buna göre, cirantalara başvurulması ve senet bedelinin talebi mümkün değildir. Yargıtay kararlarında da iptal kararının, bu kararı almış bulunan davacıya, haklarını asıl borçluya karşı kullanma hakkını vereceği ve müracaat borçlularına başvurma hakkının olmadığı ifade edilerek, iptal kararı almış olan kişinin müracaat hakkının senet hamilinin hakkı kadar olmayıp sınırlı olduğu belirtilmiştir.<sup>18</sup>

## IV. İPTAL USULÜ

### A. Hamile Yazılı Senetlerde

Hamile yazılı senetlerin iptali usulü, TTK m.661-669'lerinde düzenlemiştir. TTK m.661/1'e göre; pay senetleri, tahviller, intifa senetleri, münferit kuponlar hariç olmak üzere, kupon belgeleri, esas kupon belgelerinin yenilenmesine yayan talonlar gibi hamile yazılı senetlerin iptaline, hak sahibinin istemi üzerine mahkeme tarafından karar verilir.

#### 1. Genel Olarak

TTK m.668/1'e göre; banknot ve büyük miktarda çıkarılıp görüldüğünde ödenmesi gereken ve para yerine ödeme aracı olarak kullanılan ve belirli bedelleri yazılı olan diğer hamile yazılı senetlerin iptaline karar verilemez. Banknot yani TC Merkez Bankası tarafından çıkarılan kağıt paralar kıymetli evrak niteliğinde değildir. Çünkü kıymetli evrak özel hukuka ilişkin bir hak içerir ve normal olarak bir borçlusu ve alacaklısı vardır. Ancak TC Merkez Bankası banknotları çıkarmakla birlikte, bunların borçlusu değildir. Buradaki ayırıcı unsur, banknotların tedavülüne zarar verilmemesi için iptalinin dava edilemeyeceğidir.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> ÖZTAN: s.58 (2017); PULAŞLI: s.103; KINACIOĞLU: s.59-60; ÖZDAMAR / GÖKTÜRK / CAN / KAŞAK: s.78-79; KENDİGELEN / KIRCA: s.73; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN: s.57.

<sup>18</sup> 11. HD. T.01.10.1985, E.1985/5789, K.1985/4979; PULAŞLI: s.107, dn.61; ÖZTAN: s.58 (2017); BOZER / GÖLE: s.53, 58; BOZKURT: s.130-131; Bu konunun çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmesi için bkz. KENDİGELEN / KIRCA: s.74-76.

<sup>19</sup> PULAŞLI: s. 96.

Aynı şekilde TTK m.668/1’de büyük miktarda çıkarılıp görüldüğünde ödemesi gereken ve para yerine ödeme aracı olarak kullanılan ve belirli bedelleri yazılı olan diğer hamile yazılı senetlerin iptaline karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm İsviçre BK m.988 hükmünden alınmış olup, İBK’da özellikle Birinci Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan ve para yerine kullanılan bazı komün ve devlet tahvilleri ile bazı evraklar kastedilmiştir. Günümüzde İsviçre’de bu senetler mevcut değildir. Ülkemizde de bu tür senetler mevcut olmadığından bu hükmünde bir anlamı yoktur.<sup>20</sup>

Milli piyango biletlerine ilişkin olarak ise, biletin orijinali ibra edilmeden, bilete isabet eden ikramiyenin talep edilmesi mümkün değildir. O halde milli piyango biletinin zayi olması durumunda mahkemeden iptalini dava etmekle hiçbir hukuki sonuç elde edilemez.<sup>21</sup> Milli piyango biletlerinin kıymetli evrak olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Öztan, Milli piyango biletlerinin hamiline yazılı kıymetli evrak olmakla beraber, iptal edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>22</sup> Pulaşlı ise, kıymetli evrakın her şeyden önce alacak veya eşya hukukuna ilişkin belirli bir hakkı içermesinin şart olduğunu ancak milli piyango bileti, ikramiye çekilişi yapılmadan önce kayıtsız şartsız bir alacak hakkını içermediğini ifade etmiştir. Çekilişte ikramiye veya amorti isabet edip etmeyeceği belirsiz olduğundan geciktirici şarta bağlı bir para alacağını içerdiğini, kıymetli evrakın esaslı unsurlarından olan tedavül ve daha başlangıçta kayıtsız şartsız belirli bir hakkı içermeye niteliğinden yoksun olduğunu, bundan dolayı milli piyango biletinin kıymetli evrak olarak kabulünün mümkün olmadığını belirtmiştir.<sup>23</sup>

## 2. Ödeme Yasağı

Borçlu, vadesi geldiğinde hamile yazılı senedi ibraz eden kişiye ödeme yapmakla yükümlüdür. Bundan dolayı senedi zayi eden kişi, bu senedin üçüncü bir kişi tarafından borçluya ibraz edilmesinin mümkün olduğu durumlarda, mahkemeden ödeme yasağı kararı almalıdır. Ödeme yasağına, önleyici tedbirler denilmektedir ve ancak dilekçe sahibinin istemi üzerine mahkeme tarafından karara bağlanır. Mahkeme, bu istem üzerine senedin borçlusunu, aksine hareket ettiği takdirde iki defa ödeme yapmak zorunda kalacağını ihtar ederek, senet bedelini ödemediği yasaklar (TTK m.662/1).

Ödemenin yasaklanması ve senedin iptalinde yetkili mahkeme, senet borçlusunun yerleşim yerinin (TMK m.19; 51) bulunduğu yer, pay senetlerinde anonim şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir (TTK

<sup>20</sup> İMREGÜN, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1998, s.32; PULAŞLI: s.97; ÖZTAN: s.63-64.

<sup>21</sup> PULAŞLI: s. 97-98; ÖZTAN: s.64 (2017); KINACIOĞLU: s.63.

<sup>22</sup> ÖZTAN: s.64 (2017).

<sup>23</sup> PULAŞLI: s. 97-98.

m.661/2). Görevli mahkeme ise, aksine bir hüküm bulunmadıkça dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. (HMK m.382/1-e-6; HMK m.383 TTK m.5). Ödeme yasağı, kanunda iptal talebinden sonra yer almış olsa da, her iki talep aynı anda yapılabilir ve bu durumda usul ekonomisi açısından da amaca uygundur.<sup>24</sup>

### 3. İptal Prosedürü

Hamile yazılı kıymetli evrakın iptaline karar verebilmesi için, dilekçe sahibinin senedin zilyedi olduğu ve onu zayi ettiği yolundaki iddialarının mahkeme tarafından inandırıcı bulunması gerekir (TTK m.661/3). Esas itibariyle, haklılığın yaklaşık olarak ispat edilmesi ile iddiaların mahkemece inandırıcı bulunması aynı şeylerdir. İptal isteminin kabulünde de aynı şartın aranması, zıyan niteliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten senedin zıyanındaki iddiaların tam olarak ispatı çoğu kez mümkün değildir. Bundan dolayı iptal isteminin kabulünde yaklaşık ispat yerine tam ispat aramak, iptal kurumunu işlevsiz kılar.<sup>25</sup> Bir senet, kupon tablosu veya talon içeriyorsa ve hamil sadece kupon tablosunu veya talonu kaybetmişse, istemin haklı olduğunun ispatı için senedin esas bölümünün ibrazı yeterlidir (TTK m.661/4).

Mahkeme, dilekçe sahibinin senedin zilyedi olduğu ve onu zayi ettiği yolundaki iddialarını inandırıcı bulursa, belli olmayan hamili ilan yoluyla, senedi belirli bir süre içinde ibraz etmeye çağırır ve aksi takdirde senedin iptaline karar verileceğini ihtar eder. Senedin ibrazına ilişkin ilanın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde üç defa yapılması (TTK m.664/1) ve sürenin en az altı ay olarak belirlenmesi gerekir. Bu süre ilk ilan gününden itibaren işlemeye başlar (TTK m.663/1). Mahkeme gerek gördüğü takdirde, ayrıca uygun göreceği başka şekillerde de ilanlar yapılmasına karar verebilir (TTK m.664/2).

İlan yapıldıktan sonra iki ihtimalden biri söz konusu olur. Bunlardan ilki senedin ibraz edilmesi, ikincisi ise ibraz edilmemesidir. İptali istenen senet ibraz edilirse, mahkeme dilekçe sahibine senedin iadesi davası açması için bir süre verir (TTK m.665/1). Bu dava TMK m.989'da belirtilen taşınır davasıdır. Senedin iadesi davası ancak iyiniyetli olmayan hamile karşı açılır (TMK m.990). Eğer dilekçe sahibi bu süre içinde dava açmazsa, mahkeme senedi ibraz edene geri verir ve borçlu hakkındaki ödeme yasağını kaldırır (TTK m.665/2).

İptali istenen senet belirtilen süre içinde ibraz edilmezse, mahkeme tarafından senedin iptaline karar verilir veya gerekli görülürse başka önlemlerde alı-

<sup>24</sup> PULAŞLI: s. 98.

<sup>25</sup> KENDİGELEN / KIRCA: s.67.

nabilir. Hamile yazılı bir senedin iptali hakkındaki karar, derhal Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ve mahkeme gerekli görürse başka araçlarla da ilan edilir. İptal kararı üzerine dilekçe sahibi, senet bedelinin muaccel olmadığı durumlarda gideri kendisine ait olmak üzere yeni bir senet düzenlenmesini veya senet bedelinin muaccel olduğu durumlarda borcun ifasını isteme hakkına sahiptir (TTK m.666/3). Ancak iptal kararı kıymetli evrak niteliği taşımadığından, iptal kararına uyulmaması halinde dilekçe sahibi kambyo senetlerine özgü icra takibi yoluna başvuramaz.<sup>26</sup>

Münferit kuponların (temettü, faiz kuponları) iptali konusunda, daha kısa ve basit bir iptal usulü belirlenmiştir. Bu senetlerin zayi edilmeleri halinde hak sahibinin talebi üzerine mahkeme, vadesi gelmiş senet tutarlarının derhal, vadesi henüz gelmemiş senet bedellerinin de vadesinde mahkemeye yatırılmasına karar verir (TTK m.667/1). Vadenin gelmesinden itibaren üç yıl geçmiş olursa ve hiçbir hak sahibi başvurmazsa; mahkeme, bedelin dilekçe sahibine verilmesine karar verir (TTK m.667/2). Buradaki en önemli konu, temettü ve faiz kuponlarının iptalinde ilan işlemlerinden kaçınılmış olmasıdır.

## B. Nama Yazılı Senetlerde

### 1. Genel Olarak

Nama yazılı senetler, emre veya hamiline yazılı senetler gibi kolay ve hızlı bir şekilde tedavül edemez. Nama yazılı senetlerin devri için ciro veya bir temlikname ile senedin teslim edilmesi gerekir. Bu nedenle, senet borçlusu borcunu öderken, meşru hamili araştırma ve tespit etme konusunda hamile veya emre yazılı senetlere nazaran daha fazla araştırma yükümü altındadır. Bundan dolayı da, zayi olan senedin gerçek hak sahibinin haricinde başkasına ödenmesi ihtimali azalmaktadır.<sup>27</sup> Nama yazılı senetlerin iptalinde, hamile yazılı senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı temel ilke olarak TTK m.657/1'de hükme bağlanmıştır. Ancak hamile yazılı senetlerin iptaline ilişkin hükümlerin nama yazılı senetler hakkında uygulanması bakımından çeşitli nama yazılı senetlerin iptali hakkında özel düzenlemelerin olduğu ve TTK m.657/2'de öngörülen durumlardan yararlanılabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

TTK m.657/1'e göre; nama yazılı senetlerin iptali hakkında düzenlenen hükümler, özel iptal hükümleri öngörülen nama yazılı senetlere uygulanmaz. Kambyo senetleri (poliçe, bono, çek) nama yazılı olarak düzenlenmiş olsalar da

<sup>26</sup> **ÖZTAN:** s.278 (1997); **BOZER / GÖLE:** s.53, 58; Bozkurt'a göre; borçlunun yeni bir senet düzenlemesine karar verilmişse ve senet düzenlenmişse elinde kambyo senedi olan hamil, kambyo senetlerine özgü takibe girişebilir. **BOZKURT:** s.130.

<sup>27</sup> **BOZER / GÖLE:** s.54; **PULAŞLI:** s.100.

bunların iptali hakkında poliçenin iptaline ilişkin hükümler (TTK m.757 vd.) uygulanır. Makbuz senedi ve varant nama yazılı olarak düzenledikleri durumlarda, bu senetler TTK m.849'a göre iptal edilir. İpotekli borç ve irat senedi hakkında, bu senetler nama yazılı olarak düzenlense bile, TMK 925 vd.'da yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, hamile yazılı senetlerin iptaline ilişkin hükümler uygulanır.

## 2. İptal Prosedürü

TTK m.657'de, genel kural ile birlikte bunun istisnaları da belirtilmiştir. Birinci istisna, nama yazılı senetlerin iptali ile ilgili olarak kanunun saklı tuttuğu hükümlerdir. İkincisi ise, zayi olmuş nama yazılı senedin iptaline ilişkin prosedürün basitleştirilmesi veya özel bir iptalin kabulü konusunda borçluya tanınan imkanlardır.

TTK m.657/1'de, aksine özel hükümler bulunmadıkça, nama yazılı senetler hamile yazılı senetlere ilişkin hükümlere göre iptal olunacağı belirtilmiştir. Madde hükmünde genel kural verilirken, devamında istisnasına da yer verilmiştir. Kanunen emre yazılı senet sayılan kambiyo senetlerine olumsuz emre kaydı konularak nama yazılı senet haline getirilse bile, bunların iptali için poliçe hükümlerine yollama yapıldığından ve poliçenin iptalinde de senedin emre veya nama yazılı olmasına göre bir ayırım yapılmadığından, bu durumda TTK m.757 vd. hükümleri uygulanır.

TTK m.657'de genel kuralla birlikte getirilen ikinci istisna zayi olmuş nama yazılı senedin iptaline ilişkin prosedürün basitleştirilmesi veya özel bir iptalin kabulü konusunda borçluya tanınan imkanlardır. Borçlu, senette ilanların sayısını azaltmak veya süreleri kısaltmak suretiyle daha basit bir usul öngörebilir. Borçluya böyle bir imkânın tanınmasının nedenleri, usul ekonomisine uygun olması ve nama yazılı senetlerin tedavülünün sınırlı olmasından dolayı iptal usulünün basitleştirilmesinin ilgililerin menfaatine uygun düşmesidir.<sup>28</sup> Özel iptal usulü olarak borçlu, alacaklı kendisine senedin iptal ve borcun ödendiğini gösteren, resmen düzenlenmiş veya usulen onaylanmış bir belge verdiği takdirde, senet ibraz edilmeksizin ve iptaline karar verilmeksizin de geçerli olmak üzere ödemek hakkını da saklı tutabilir (TTK m.657/2). Bu durum sadece senedin zayi olduğu durumlara ilişkindir.

Hamile yazılı senetlerin iptalinde mahkeme, ilan yoluyla belli olmayan hamile, senedi belirli bir süre içinde ibraz etmeye çağırır ve bu sürenin altı aydan daha kısa olması mümkün değildir (TTK m.663/1). Nama yazılı senetlerde ise, TTK m.657'deki imkanlardan yararlanılarak bu sürenin altı aydan daha kısa ol-

<sup>28</sup> ÖZTAN: s.307 (1997); ÖZTÜRK DİRİKKAN: s.82; BOZKURT: s.128.

ması sağlanabilir. Bunun dışında yine hamile yazılı senetlerde, senedin ibrazına ilişkin ilanın TTSG'de üç defa yapılması gerekir. Nama yazılı senetler bakımından ilan sayılarının daha aza indirilmesi de mümkündür.

## C. Emre Yazılı Senetlerde

### 1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda nama ve hamile yazılı senetlerin iptaline ilişkin özel hükümler bulunmasına rağmen emre yazılı senetlerin iptali düzenlenmemiştir. Buna karşılık, Türk Ticaret Kanunu'nun 831/2. maddesinde, cirosu mümkün diğer senetlere, poliçenin iptali ve poliçeyi elinde bulunduranların onu iade ile yükümlü olmaları hallerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. Buna göre, emre yazılı havale (TTK m.826, m.829), emre yazılı ödeme vaatleri (TTK m.830), emre yazılı düzenlenmesi şartıyla konşimento (TTK m.1228 vd.), taşıma senedi (TTK m.856 vd.), makbuz senedi ve varant (TTK m.835 vd.) poliçeler hakkındaki hükümlere göre iptal edilirler. Poliçenin iptaline ilişkin hükümler TTK m.757-765. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme emre yazılı çek ve emre yazılı bononun zayi olması durumlarında da uygulanır (TTK m.778/1, m.818/1).

İptal kurumu, kıymetli evrak niteliğine sahip senetler için söz konusu olsa da, öğretici<sup>29</sup> ve yargı kararlarında<sup>30</sup> tedavüle çıkarıldığı sırada henüz unsurları eksik olan ve eksik unsurların tamamlanması konusunda, düzenleyen ile lehdar arasında anlaşmanın yapıldığı açık kambiyo senetlerinin de iptalinin istenebileceği kabul edilmektedir. Açık senedin iptali ile güdülen amaç, sadece senedin yetkisiz şekilde doldurularak kötüye kullanılmasının önüne geçmektir. Ayrıca açık senede ilişkin bir iptal kararı, normal iptal kararının aksine zayi olduğu sırada hala açık senet olduğu için, hakkın senetsiz ileri sürülmesi imkanını vermez.<sup>31</sup>

Poliçenin iptaline karar verilebilmesi için, poliçenin vadesinin gelmiş olması gerekir. Çünkü elinde poliçe bulunan kişiyi iadeye davet için, mahkeme tarafından yapılacak ilanda, geri getirme süresi, vadesi gelen poliçelerde birinci ilan gününden, vadesi gelmemiş poliçelerde ise, vade gününden itibaren işlemeye başlar (TTK m.761/3).

<sup>29</sup> ÖZTAN, Fırat: s.271; DİRİKKAN ÖZTÜRK: s.27; CAN, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015, s.42; TÜZEMEN ATİK, Ebru: Açık Kambiyo Senetleri, B.1, Ankara 2017, s.222; KENDİGELEN/KIRCA: s. 57-58; PULAŞLI: s.93.

<sup>30</sup> 11.HD. T.21.06.2017, E.2016/1016, K.2016/3929; KENDİGELEN / KIRCA: s.58; 11.HD T.06.04.2015, E.2014/18986, K.2015/4772; 11. HD. T. 28.4.2014, E 2014/1148, K.2014/7886; MERSİN, Bilge Utkan: Açık Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması ve İptali, MÜHF-HAD, İstanbul 2023, C.29, S.2, s.1574, dn.90.

<sup>31</sup> KENDİGELEN / KIRCA: s.58; PULAŞLI: s.102; BOZER /GÖLE: s.47.

## 2. Ödeme Yasağı

Kıymetli evrakın ibrazı halinde borçlu, yetkili hamile ödeme yapmakla yükümlüdür. Bu sebeple senet iradesi dışında elinden çıkan kişi, eğer senedin başka bir kişi tarafından ibraz edilebilmesi söz konusu ise, borçluya ödeme yasağı konulmasını mahkemeden isteyebilir. Poliçe dışında emre yazılı bir senedin olduğu durumlarda, ödeme yasağı bu senetlerin borçlusunu konumunda olan bonolarda düzenleyen, çeklerde ise muhatap banka için söz konusu olur.<sup>32</sup> Ödeme yasağı konulduktan sonra borçlu, senet ibraz eden kişiye ödeme yapmamalıdır. Aksi takdirde hak sahibine tekrar ödeme yapmak zorunda kalır.

Ödeme yasağı kararı, ödeme veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden talep edilir (TTK m.757/1). Mahkeme ödemeyi yasaklama kararında muhataba, vadenin gelmesi üzerine poliçe bedelini tevdi etmeye izin verir ve tevdi yerini gösterir (TTK m.757/2). Bu gibi durumlarda mahkeme tarafından tevdi kararı verilebilmesi ve tevdi yerinin belirlenebilmesi için muhatabın bu konuda bir talebi olmalıdır. Yoksa mahkeme re'sen tevdi kararı vererek tevdi yerini belirleyemez.<sup>33</sup> Mahkeme, iptale karar vermeden önce, kabul edene, poliçe bedelini tevdi etme ve yeterli teminat karşılığında bunu ödeme yükümünü getirebilir (TTK m.765/1). Teminat poliçeyi iyiniyetli elde eden kişinin uğrayabileceği bir zarar karşılık oluşturur. Senet iptal edildiği veya senetten doğan haklar diğer bir sebeple ortadan kalktığı takdirde, teminat geri alınır (TTK m.765/2).

Emre yazılı bir senedin kaybı nedeniyle iptalinin dava edilebilmesi için istemde bulunan kişinin, senedin zıyayı ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olması gerekir (TTK m.651/2). Senet zamanaşımına uğramış olsa da, senedin iptali dava edilebilir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir.<sup>34</sup>

## 3. İptal Prosedürü

Ödeme yasağı kararı alındıktan sonra, dilekçe sahibinin izleyeceği yol, emre yazılı senedi elinde bulunduran kişinin bilinip bilinmemesine göre değişiklik gösterir.

### a. Senedi Elinde Bulunduran Kişi Biliniyorsa

Senet zilyedinin bilinmesi halinde, mahkeme dilekçe sahibine, senet elinde bulunan kimseye karşı iade (istirdat) davası açması için uygun bir süre verir (TTK m.758/1). Dilekçe sahibi verilen süre içinde davayı açmazsa, mahkeme, muhatap hakkındaki ödeme yasağını kaldırır (TTK m.758/2).

<sup>32</sup> 11.HD. T.25.02.2013, E.1358, K.3309; **BOZER / GÖLE**: s.56.

<sup>33</sup> **BOZER / GÖLE**: s.56; Karşı görüş için bkz. **GÖÇ GÜRBÜZ, Diğdem**: Öğreti, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptali, B.1, İstanbul 2017, s.79, 148; **ŞİMŞEK, Edip**: Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982, s.44.

<sup>34</sup> 11.HD. T.22.09.2014, E.2014/7763, K.2014/14244; **PULAŞLI**: s.108, dn.65.



Bu davanın, ticari faaliyetlerde emniyeti sağlamak gerekçesiyle, kambiyo senetleri yönünden, aynı haklardaki genel prensipten ayrılarak yalnızca kötü niyetli veya senedi iktisabında ağır kusuru bulunan kişilere karşı açılacağı esası benimsenmiştir (TTK m.686/2, m.778/1, m.792). Diğer emre yazılı senetlerde de TTK m.831'deki atıf nedeniyle, aynı prensibe tabidir. İade davası sonucunda, mahkemenin senedin iadesine karar verebilmesi için senedi elinde bulunduran son hamilin, senedi kötü niyetli elde ettiğini ya da iktisabında ağır kusurlu olması gerekir.<sup>35</sup> Hamilin senedi iyiniyetle aldığı anlaşıldığı takdirde, senedi iade zorunluluğu yoktur (TTK m.778/1, m.792).

İptal kararının verilmesinden sonra da senedin iyiniyetle iktisabının mümkün olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe<sup>36</sup> göre; iyiniyetle iktisabın ancak yetkili hamilden iktisap etmekle söz konusu olacağı, oysa iptal kararı ile birlikte artık iptal edilen senedi elinde bulunduran ve senedin niteliğine göre alacaklı gözükken kişi değil, iptal isteminde bulunan kimse yetkili hamil sayıldığı için iptal kararından sonra senedin iyiniyetle iktisabı mümkün değildir. Diğer görüşe<sup>37</sup> göre iptal kararının verilmesinden sonra da iyiniyetle iktisap mümkündür. Buna gerekçe olarak da iptal kararının senedin içerdiği hak ve maddi hukukla bir ilgisinin bulunmaması gösterilmektedir. Kanaatimizce, ikinci görüş daha isabetlidir. İptal, çekişmesiz yargı kararı olduğundan maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Dolayısıyla iptal kararının senedi eline bulunduran ile ondan senedi devralan arasındaki ilişkiye, başka bir deyişle senedin iyiniyetle iktisabına bir etkisi olmamalıdır.

#### **b. Senedi Elinde Bulunduran Kişi Bilinmiyorsa**

Zayi olan emre yazılı senedin kimin elinde olduğu bilinmiyorsa veya senedin herhangi bir kişinin eline geçmesi söz konusu olmayacak şekilde zayi olduğu tespit edilmiş ise senedi zayi eden hamil, mahkemeden senedin iptalini talep ve dava edecektir (TTK m.759/1).

Hakim, konu ile ilgili olarak gerekli gördüğü araştırmaları yaparak, dilekçe sahibinin senet elinde iken zayi olduğu iddiasının doğruluğuna kanaat getirmelidir. Hakim yaptığı incelemeler sonucunda dilekçe sahibinin iddialarının doğruluğunu kuvvetle muhtemel görürse, senedi eline geçireni, senedi belirli bir süre içinde mahkemeye getirmesi için ilan yoluyla davet eder. Bu davette, senedin ferdileştirilmesi ile ilgili bilgiler açıklanır ve belirtilen süre içinde davete uyulma-

<sup>35</sup> **DOMANIÇ, Hayri:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975, B.2, s.55; **ÖZTAN:** s.61-62 (2017); **PULAŞLI:** s.109; **BOZER / GÖLE:** s.52, 57; **GÖÇ GÜRBÜZ:** s.151.

<sup>36</sup> **PULAŞLI:** s.104; **GÖÇ GÜRBÜZ:** 175-176; **BOZKURT:** s.130.

<sup>37</sup> **KENDİGELEN / KIRCA:** s.73-74; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Ticaret Hukuku, Ankara 1970, s.372; **ÖZTÜRK DIRİKKAN:** s.96, **KINACIOĞLU:** s.61-62.

dığı takdirde, senedin iptaline karar verileceği de ihtar olunur (TTK m.760/1). İlan, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılır (TTK m.762/1). İlanda verilecek süre en az üç ay ve en çok bir yıldır (TTK m.761/1). Vadesi gelmiş senetlerde, zamanasını üç ayın dolmasından önce gerçekleştirecek ise, mahkeme üç aylık süre ile bağlı olmaz (TTK m.761/2).

Yapılan ilanlar üzerine, senet mahkemeye getirilirse, iade (istirdat) davası açması için mahkeme, dilekçe sahibine belirli bir süre verilir (TTK m.758/1). Dava süresinde açılmazsa, tedbir niteliğinde verilen ödeme yasağı kaldırılır (TTK m.763). İlan süresinin geçmesine rağmen senet mahkemeye getirilmemişse, mahkeme senedin iptaline karar verir (TTK m.764/1). İptal davası, poliçenin zayi olduğunu tespit ettiğinden alacak hakkı doğurmaz. Poliçenin iptaline ilişkin kararın nama ve hamile yazılı kıymetli evrakta olduğu gibi Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ya da başka araçlarla yayımlanması da öngörülmemiştir.<sup>38</sup>

Mahkeme senedin iptaline karar vermeden önce, borçluya senet bedelini tevdi etmesini veya yeterli teminat karşılığında bunu ödemesini de emredebilir (TTK m.765). Ayrıca, senedin vadesi gelmedikçe iptaline karar verilemez, çünkü senedin mahkemeye getirilebilmesi için verilen süre, vadesi henüz gelmemiş senetlerde vadenin gelmesinden itibaren işlemeye başlar (TTK m.761/3).

#### D. Makbuz Senedi ve Varantta

Makbuz senetleri ve varantlar hakkında TTK m.849'da özel düzenleme öngörülmüştür. Buna göre makbuz senedi veya varantı kaybeden hamil, bu senetlere malik olduğunu ispat etmek ve teminat vermek suretiyle, mağazanın bulunduğu yerdeki mahkemeden alacağı izin üzerine, durumun kararda gösterilen o yer gazetelerinde ilanından ve itiraz için verilecek sürenin geçmesinden sonra ikinci bir nüsha alabilir.

Zayi olmuş varantın süresi geçmişse, hamilin istemi üzerine mahkeme aynı şekilde borcun ödenmesine izin verebilir. İzin, mağaza ve varanta ilişkin ise hem mağazaya hem de ilk borçluya tebliğ olunur. Alacaklının, mağazanın bulunduğu yerde, bir de yerleşim yeri göstermesi gerekir. Mağaza sahibi ve borçlu izin kararına itiraz edebilirler. İtiraz üzerine mahkeme derhal hükmünü verir. Hüküm alacaklı lehine ise, icranın geri bırakılmasına karar verilemez. Ancak ilgililerin istemi üzerine, icra mahkemesi hüküm kesinleşinceye kadar tevdi olunan eşyanın satışından elde edilecek paranın icra veznesinde saklanmasına karar verebilir.

<sup>38</sup> BOZER / GÖLE: s.57-58; GÖÇ GÜRBÜZ: 117-119.

## SONUÇ

Zayi olma kavramı, kıymetli evrakın metninin yazıldığı kağıt ile ilgilidir. Kıymetli evrakın içerdiği hak ile bir ilgisi yoktur. Buna karşılık, zilyetliğin geçici bir süre ile kaybedilmesi, kıymetli evrakın zayi olması sonucunu doğurmaz. Zayi olan senedin fotokopisinin ya da bir kopyasının mevcut olmasının senedin iptalini isteyen hamilin inandırıcı olması dışında bir önemi yoktur.

Zayi olması nedeniyle iptali dava edilen kıymetli evrakın, senet türüne göre, kanunda öngörülen zorunlu unsurları da içermesi gerekir. Senette bulunması zorunlu unsurlardan birinin bulunmaması halinde, geçerli bir senet söz konusu olamayacağından, kıymetli evrakın da zayi nedeniyle iptalinin dava edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde boş çek yaprak veya yapraklarının zayi olduğu gerekçesi ile iptalinin dava edilmesi mümkün değildir çünkü henüz doldurulmamış boş çek yaprağı, çek niteliğinde olmadığından zayi nedeniyle iptali dava edilemez.

İptal kararı sayesinde kıymetli evraktaki hak ve senet arasındaki tipik bağ çözülmekte, böylece iptal kararını alan hak sahibi, hakkını senet olmaksızın ileri sürme olanağına kavuştuğu gibi borçluda kaybolan senedi ibraz eden kişiye ödeme yapma yükümünden kurtarılarak, tekrar ödeme yapma riski önlenmiş olmaktadır. Kıymetli evrakın kaybı durumunda, senet tamamen yok olsa bile, senede bağlı haklar kaybolmamaktadır.

Mahkeme tarafından verilen iptal kararının esas itibarıyla iki etkisi vardır. İlk etkisine baktığımızda, bu iptal kararı davacının hak sahipliğini borçluya göstermesi bakımından önemlidir. Başka bir deyişle, hak sahibi için bir teşhis işlevi yaratmasıdır. Bu durum iptal kararının olumlu sonucudur. İkinci olarak, verilen iptal kararıyla kıymetli evrakın teşhis işlevi kaldırılmaktadır. Bu durumda iptal kararının olumsuz sonucudur. İptal kararının her iki etkisi de hak sahipliğinin teşhisine ilişkindir. Maddi hukuk yönünden kararın herhangi bir etkisi yoktur.

Hamile yazılı kıymetli evrakın iptaline karar verebilmesi için, dilekçe sahibinin senedin zilyedi olduğu ve onu zayi ettiği yolundaki iddialarının mahkeme tarafından inandırıcı bulunması gerekir (TTK m.661/3). Hamile yazılı bir senedin iptali hakkındaki karar, derhal Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ve mahkeme gerekli görürse başka araçlarla da ilan edilir. İptal kararı üzerine dilekçe sahibi, senet bedelinin muaccel olmadığı durumlarda gideri kendisine ait olmak üzere yeni bir senet düzenlenmesini veya senet bedelinin muaccel olduğu durumlarda borcun ifasını isteme hakkına sahiptir (TTK m.666/3). Ancak iptal kararı kıymetli evrak niteliği taşımadığından, iptal kararına uyulmaması halinde dilekçe sahibi kambiyo senetlerine özgü icra takibi yoluna başvuramaz.

Nama yazılı senetlerin ziyai halinde borçlu isterse, mahkeme aracılığıyla iptal söz konusu olmadan da belge karşılığı ödeme yaparak borcundan kurtulabilir. Nama yazılı senetlerde borçlu, alacaklı kendisine senedin iptal edildiğini ve borcun ödendiğini gösteren, resmen düzenlenmiş veya usulen onaylanmış bir belge verdiği takdirde, senet ibraz edilmeksizin ve iptaline karar verilmeksizin de geçerli olmak üzere ödeme hakkını saklı tutabilir.

İptal kurumu, kıymetli evrak niteliğine sahip senetler için söz konusu olsa da, öğretisi ve yargı kararlarında tedavüle çıkarıldığı sırada henüz unsurları eksik olan ve eksik unsurların tamamlanması konusunda, düzenleyen ile lehdar arasında anlaşmanın yapıldığı açık kambyo senetlerinin de iptalinin istenebileceği kabul edilmektedir. Açık senedin iptali ile güdülen amaç, sadece senedin yetkisiz şekilde doldurularak kötüye kullanılmasının önüne geçmektir. Ayrıca açık senede ilişkin bir iptal kararı, normal iptal kararının aksine zayi olduğu sırada hala açık senet olduğu için, hakkın senetsiz ileri sürülmesi imkanı vermez.

Emre yazılı bir senedin kaybı nedeniyle iptalinin dava edilebilmesi için istemde bulunan kişinin, senedin ziyayı ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olması gerekir (TTK m.651/2). Senet zamanaşımına uğramış olsa da, senedin iptali dava edilebilir.

## KAYNAKÇA

- BOZER, Ali / GÖLE, Celal:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.10, Ankara 2021.
- BOZKURT, Tamer:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2022.
- BÖRÜ, Levent / KOÇYİĞİT, İlker:** Kıymetli Evrakın İptaline İlişkin Çekişmesiz Yargı İşinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Değerlendirme, BATİDER, Ankara 2013, C.28, S.1, s.313-319.
- CAN, Mertol:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015.
- COŞKUN, Mahmut:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.7, Ankara 2022.
- DOMANIÇ, Hayri:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975.
- GÖÇ GÜRBÜZ, Diğdem:** Öğreti, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali, B.1, İstanbul 2017.
- GÜLTEKİN, Özkan:** Kıymetli Evrakın Zıyaı Nedeniyle İptalinde İptal Kararı Hamilinin (Davacının) Borçlularına Rücu Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2007, C.2, S.10, s.59-70. (Rücu).
- GÜLTEKİN, Özkan:** Kıymetli Evrakın Zayi Olması Halinde Hamilin Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2007, C.2, S.16, s.31-38.
- GÜLTEKİN, Özkan;** Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali, B.7, Ankara 2013.
- İMREGÜN, Oğuz:** Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali, Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.200-210.
- İMREGÜN, Oğuz:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1998.
- KARAYALÇIN, Yaşar:** Ticaret Hukuku, Ankara 1970.
- KAYIHAN, Şaban:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.8, Ankara 2021.
- KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.7, İstanbul 2023.
- KINACIOĞLU, Naci:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.5, Ankara 1999.
- MERSİN, Bilge Utkan:** Açık Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması ve İptali, MÜHF-HAD, İstanbul 2023, C.29, S.2, s. 1562-1580.
- ÖZDAMAR, Mehmet / GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi / KAŞAK, Esra:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 2021.
- ÖZTAN, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 1997. (1997).
- ÖZTAN, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.21, Ankara 2017. (2017).
- ÖZTÜRK DİRİKKAN, Hanife:** Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali, Ankara 1990.
- PULAŞLI, Hasan:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.10, Ankara 2023.
- SEVEN, Vural / YILMAZ, Gülşah:** Kambiyo Senetlerinin Zıyaı Halinde İptal Talebi Nedeniyle Verilen Ödeme Yasağı Kararı ile İlgili Uygulamada Yaşanan Sorunlar, TBB Dergisi, 2022, S.158, s.257-286.

**SEVİ, Ali Murat:** Pay Senetleri ve İlmühaberlerin Zayi Olması ve İptali, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2022, C.17, S.187, s. 97-113.

**SÖNMEZ, Melih:** Kambiyo Senetlerinin Zıyı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi, TBB Dergisi, 2022, S.159, s.439-474.

**ŞİMŞEK, Edip:** Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982.

**TÜZEMEN ATİK, Ebru:** Açık Kambiyo Senetleri, B.1, Ankara 2017.

**ÜLGEN, HÜSEYİN / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsun:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.11, İstanbul 2019.

# Anlaşmalı Boşanma Dâvalarında Talep Edilmeyen İştirak Nafakasının Sonradan Talep Edilmesi<sup>(\*)</sup>

## Subsequent Demand of Child Support that was not Claimed in Advance in Consensual Divorce Cases

Dr. Öğr. Üyesi Ece KARADUMAN MERCAN<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Anlaşmalı boşanma; her iki eşin de boşanmanın finansal neticeleri ve çocukların durumu konularında mutabık kalmaları ya da aralarındaki bu anlaşmayı hâkimin değiştirmesi durumunda değişikliği uygun bulmaları koşuluyla en az bir yıl sürmüş olan evliliklerini mahkeme kararı ile sona erdirmeleridir. Anlaşmalı boşanmak üzere mahkemeye başvurulduğunda, iştirak nafakası ile ilgili bir anlaşma yapılmış olmasa da gerekiyorsa hâkim uygun bir miktar nafaka takdir etmelidir. Somut olayda farklı olasılıklarla da karşılaşılabilir: Velâyet hakkını fiilen kullanan taraf çocuğu için nafaka istemediğini açıkça ifade edebilir; çocuğun bakımı ve eğitimi için nafaka ihtiyacı sonradan ortaya çıkabilir; miktar belirterek nafaka isteminde bulunmuş olabilir... Önemli bir tartışma konusu, iştirak nafakasının arabuluculuğa elverişli olup olmadığıdır. Bu noktada mevcut düzenlemelerin savunulacak görüş ile uyumluluğu da göz ardı edilmemelidir.

### Anahtar Kelimeler:

Anlaşmalı Boşanma, İştirak Nafakası, Kamu Düzeni, Velâyet, Arabuluculuk.

### Abstract:

Consensual divorce is putting an end to a marriage union which has lasted at least one year, by court decision provided that the spouses agree on both "the financial consequences" and "the legal consequences of divorce regarding the children". Also, the parties should not show any objection in anyway in case the judge makes a change in the agreement made by them. In case an application is made to the court for a consensual divorce, despite there is no agreement regarding the child support for custodial parent, the judge should determine an appropriate amount of child support payment, if necessary. In a specific case, different possibilities may be encountered: The party which will actually hold the custody of the child may clearly state that they do not want alimony for their child; the need for alimony for the child's care and education may arise later; a request for alimony may have been made by specifying the amount... The significant issue of discussion is whether child support is suitable for mediation or not. At this point, the compatibility of existing regulations with the view to be defended should not be ignored.

### Keywords:

Consensual Divorce, Child Support, Public Order, Custody, Mediation.

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 08.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 03.07.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: ekaraduman@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7076-2789>.

## GİRİŞ

Anlaşmalı olarak boşanan taraflar, boşanmanın finansal neticeleri ile çocukların durumu üzerinde mutabakat sağlamışlardır. Hâkim tarafları bizzat dinlemiş, iradelerini özgürce açıkladıklarına kanaat getirerek taraflar arasındaki anlaşmayı uygun görmüştür ya da anlaşmada tarafların ve çocukların menfaatlerini gözetecek değişiklikler yapmış, taraflar da bu değişiklikleri kabul etmişlerdir (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>1</sup> m.166/3). Tarafların iradeleriyle yön verebilecekleri ancak yalnızca kendilerinin tasarrufu altında bulunmayan hususlar üzerinde anlaşmaları, buna karşın koşullarda sonradan meydana gelebilecek değişiklikleri öngörememiş olmaları, isteme bağlı kalemlerde olduğu kadar büyük önem arz etmez. İştirak nafakası da boşanmanın tarafların istemine bağlı olmayan bir sonucudur. Zira, gerektiği takdirde hâkim, çocuğu ana babasına karşı dahi korumak durumundadır.<sup>2</sup>

## I. GENEL OLARAK ANLAŞMALI BOŞANMA

Anlaşmalı boşanma;<sup>3</sup> eşlerin, boşanmanın finansal neticeleri ile çocukların durumu konularında mutabık kalmaları ya da aralarındaki bu anlaşmayı hâkimin değiştirmesi durumunda değişikliği uygun bulmaları koşuluyla en az bir yıl sürmüş olan evliliklerini mahkeme kararı ile sona erdirmeleridir.<sup>4</sup>

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, boşanma “anlaşmalı”<sup>5</sup> dahi olsa mahkeme kararıyla gerçekleşecek, hâkim tarafların anlaşmasında değişiklik yapabilecektir. Şayet hâkim anlaşmada değişiklik yapmış ancak taraflar bu değişikliği uygun bulmamışlarsa boşanma anlaşmalı olarak gerçekleşemeyecektir. “Anlaşmalı boşanma”nın şartları Türk Medeni Kanunu m.166/3’te hükme bağlanmıştır.

<sup>1</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK, No. 4721, RG 08.12.2001, S. 24607).

<sup>2</sup> Ömer Uğur Gençcan, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi Cumartesi Forumları: Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları, 1. B., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s. 15-34, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Kitaplar/doc/cmtfrmrejim.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2023), s. 28 vd.

<sup>3</sup> Gürsoy, “*anlaşma suretiyle boşanma*”yı tanımlarken eşlerin özgür iradelerini ön planda tutmaktadır: Kemal Tahir Gürsoy, “Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C. 2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 127-163, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/10324/ellinci%20y%C4%B1%20arma%C4%9Fan%C4%B1%202.cilt.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 03.03.2024), s. 127.

<sup>4</sup> Tanım, TMK m.166/3 hükmü dikkate alınarak yapılmıştır.

<sup>5</sup> Gençcan; anlaşmanın sona erdirilmesi, değiştirilmesi ve benzeri hallerde, bu dâvanın aslında anlaşmaya bağlı olmadığı gözlemlenebileceğini ifade ederek “anlaşmalı boşanma” ifadesinin isabetli olmadığı tespitinde bulunmuştur. Örneğin; Gençcan’a göre “... *eşler anlaşmalı boşanmayı sonlandırma konusunda eşler arasındaki silahların eşitliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak eşit hak ve yetkilere sahiptir. Oysa Yargıtay sadece harcı yatıran eşe diğer bir ifadeyle adını sola yazdıran eşe bu hak ve yetkiyi vermektedir.*”: Ömer Uğur Gençcan, “Anlaşmalı Boşanma Davalarında “Anlaşma” Aldatmacası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2012, Y. 24, S. 99, s. 303-310, [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2012-99-1163.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1163.pdf) (Erişim: 19.12.2015), s. 304.



Anlaşmalı boşanmanın çekişmeli yargı işi mi çekişmesiz yargı işi mi olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır.<sup>6</sup> “Çekişmeli yargı, dava ile başlayan bir süreci; davanın çeşitli aşamalarını, tarafların ve mahkemenin görev, yetki ve haklarını ve karar verilmesi ile karara karşı kanun yollarına başvurulması yol ve usullerini içermektedir”.<sup>7</sup> “Mahkemelerin, tipik uyumsuzluk çözme faaliyetine dahil olmayan (...) işlerine ‘çekişmesiz yargı’ adı verilmektedir”.<sup>8</sup> Çekişmeli yargı - çekişmesiz yargı nitelendirmesinde bulunurken kullanılacak, çekişmesiz yargının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.382’de sayılan ve doktrinde de üzerinde durulan üç ölçütü vardır:<sup>9</sup> Bunlardan ilki, “ihtilâf (çekişme) yokluğu”dur ancak ihtilâflı olmasına rağmen çekişmesiz yargı kapsamına giren işler de vardır. İkincisi, ilgililerin özel hukuk kişilerine karşı yöneltebilecekleri subjektif haklarının bulunmamasıdır. Buna örnek olarak velâyet hakkının kaldırılması<sup>10</sup> verilebilir. Çekişmesiz yargıda, ihtilâf hâlinde olan iki taraf mevcut değildir;<sup>11</sup> ilgilinin/ilgili-

<sup>6</sup> Akıntürk/Ateş’e göre, boşanma dâvalarında mutlaka bir dâvalı taraf olacağı için çekişmeli yargı türü söz konusu olur. Anlaşmalı boşanma dâvaları da aynı yargı türüne dâhildir: Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 21. B., C. 2, İstanbul 2019, s. 270.

Basım’a göre, “eşlerin boşanma yönündeki ortak iradelerinin ne şekilde somutlaştığına bakılmaksızın burada uyumsuzluk yokluğu ölçütüne göre bir çekişmesiz yargı işi bulunmaktadır.”: Aybüke Basım, “Anlaşmalı Boşanma Bir Çekişmesiz Yargı İşidir Midir?”, Adalet Dergisi, Y. 2022, S. 69, s. 513-554, <https://pdf.trdizin.gov.tr> (Erişim: 09.06.2024), s. 549.

Çekişmesiz yargı işi görüşü için bkz.: Nevzat Özdemir, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2003, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/37849.pdf> (E.T.: 21.03.2021), s. 145 vd.; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. B., Ankara 2015, s. 699, 700; Ali Cem Budak, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 108, 1. B., Ankara 2006, s. 128-187, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mu-2005-327.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2015), s. 144; Helin Neval Tekin, Anlaşmalı Boşanma, 1. B., Ankara 2019, s. 71.

<sup>7</sup> Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2022, s. 77.

<sup>8</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 78.

<sup>9</sup> Çekişmesiz yargının ölçütleri için bkz.: Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 79 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. B., İstanbul 2021, s. 33 vd.; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, 10. B., Ankara 2021, s. 66 vd.; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, B. 5, Ankara 2022, s. 593 vd.

<sup>10</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK, No. 6100, RG 04.02.2011, S. 27836) m.382/2-(b/13)’de “velâyetin kaldırılması...”, “Aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri”nden biri olarak sayılmıştır. TMK m.348’in başlığı da “velâyetin kaldırılması”dır. Çalışmamızda bu terimi “velâyet hakkının kaldırılması” şeklinde ifade etmemizin sebebi, kaldırılanın velâyetin tanıdığı haklar olması, borçların ise devam etmesidir: Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. B., İstanbul 1990, s. 279, 280; Selma Çetiner, “Velâyet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 25-46, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/2-SELMA-CETINER.pdf> (Erişim Tarihi: 19.03.2021), s. 38 vd.; Mehmet Hamzaçebi, Boşanma Öncesi ve Sonrasında Nafaka, Yargıtay Dergisi Temmuz 2000, s. 359-391, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/td/temmuz2000.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2021), s. 380.

<sup>11</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 79 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 66 vd. Benzer yönde: Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 33 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 66 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 593 vd.

lerin<sup>12</sup> istemi<sup>13</sup> söz konusudur. Ancak hâkim, ilgililerin istemleriyle bağlı olmayıp re'sen harekete geçer.<sup>14</sup> Bu ise üçüncü ölçüttür. Buna karşın, hâkim tarafından re'sen harekete geçiliyor olması da, çekişmesiz yargı nitelendirmesi için tek başına yeterli değildir.<sup>15</sup> Nitelendirmede bulunulurken her üç ölçüt birlikte dikkate alınmalıdır. Üç ölçütü sağlamamasına rağmen kanunun çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirdiği işler yine de bu vasfa sahiptir.<sup>16</sup>

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde hangi işlerin çekişmesiz yargı işi sayıldığı hükme bağlanmış olup "*Aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri*" içerisinde anlaşmalı boşanma sayılmamıştır. Kanun'un 382. maddesinde, çekişmesiz yargı işlerinden belli başlılarının sayıldığı söylenebilir.<sup>17</sup>

Yargıtay'ın bazı kararlarında belirtildiği gibi, anlaşmalı boşanmaya ilişkin karar kesinleşinceye kadar tarafların yapmış oldukları düzenlemeleri içeren irade beyanlarından dönmeleri mümkündür. Bu durumda anlaşmalı boşanma dâvası çekişmeli olarak devam etmelidir.<sup>18</sup> Anılan kararlarda, anlaşmalı boşanma için açık bir şekilde çekişmesiz yargı işi nitelendirmesi yapılmamıştır. Buna karşın, anlaşmalı boşanma dâvasının çekişmeli olarak devam edeceği durumlardan söz edilmesi, söz konusu durumların dışında bu dâvanın çekişmeli nitelikte olmadığı şeklinde yorumlanabilir.

Yargılamaya hâkim olan ilkelerden biri, tasarruf ilkesidir. Taraflardan birinin istemi bulunmadıkça hâkimin bir dâvayı re'sen inceleyip karara bağlayamayacağı kuralı, tasarruf ilkesi gereğidir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.24/1). Bireylerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri, diğer bir deyişle çekişmesiz yargılamanın çekişmeli işleri söz konusu olduğunda, tasarruf ilkesi uygulanır. Boşanmadan sonra re'sen hükmolunan iştirak nafakası, tasarruf ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir. Ekonomik açıdan zayıf tarafın sosyal güvence altına alınmasında kamu menfaati vardır.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 34; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 79 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 66 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 593 vd.

<sup>13</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 79; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 66; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 593 vd.

<sup>14</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 79 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 67; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 594 vd.

<sup>15</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 33.

<sup>16</sup> Benzer yönde: Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 595.

<sup>17</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 35; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 80; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 65; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 593.

<sup>18</sup> Yargıtay 2. HD., E. 2014/16819, K. 2015/3251, T. 02.03.2015: Kazancı, (Erişim Tarihi: 20.03.2021); Yargıtay HGK., E. 2017/2-1941, K. 2019/475, T. 18.04.2019: Kazancı, (Erişim Tarihi: 20.03.2021).

<sup>19</sup> "E. Schilken, *Çekişmesiz Yargıya İlişkin Usul İlkeleri*, 7.Ekim.2004 tarihinde İ.Ü.H.F.'de verilmiş olan konferans metni (çeviren, N.Deren-Yıldırım)", s. 8, dn. 25 (Kamil Yıldırım, "Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV", Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 108, 1. B., Ankara 2006, s. 18-48, <http://tbyyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mu-2005-327.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2015), s. 34'ten naklen).

## A. Anlaşmalı Boşanmanın Şartları

Çalışmanın başında “anlaşmalı boşanma”yı tanımlarken ifade edilmiş olduğu üzere, eşlerin boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak anlaşmış olmaları evliliğin sona ermesi için yeterli değildir; mahkeme kararının da varlığı gerekir.

Anlaşmalı boşanmanın şartları Türk Medeni Kanunu m.166/3’te hükme bağlanmıştır. Asgari bir yıldır evli olan kişilerin mahkemeye beraber başvurmaları veya eşlerden birinin, diğer eşin açmış olduğu dâvayı kabul etmesi hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilir (Türk Medeni Kanunu m.166/3,c.1). Doktrinde, hâkimin takdir yetkisini ayrılığa hükmetmek yönünde kullanamayacağı görüşü hâkimdir.<sup>20</sup> Anlaşmalı boşanmada, taraflar arasındaki anlaşmanın geçerliliği için belirli bir şekil şartı aranmaz; ancak anlaşma sözlü ise zapta geçirilmesi gerekir.<sup>21</sup>

Türk Medeni Kanunu m.166/3’te geçen, evliliğin asgari bir yıl sürme şartının hangi an itibariyle gerçekleşmiş olmasının dâvanın reddedilmemesi için yeterli olduğu konusu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre,<sup>22</sup> Yargıtay’ın önem arz eden iki kararı<sup>23</sup> emsal gösterilerek, anlaşmalı boşanma dâvasının bir yıllık süre dolmadan açılması durumunda usûl ekonomisi nedeniyle dâvanın reddedilmemesi,<sup>24</sup> tarafların, verilecek süre içerisinde kanıtlarını bildirmeleri ve evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının araştırılması gerektiği savunulmuştur. Usûl ekonomisi gereği, bir yılın dolmasına kısa süre kalmışsa, duruşma tarihi bir yıllık sürenin dolmasından sonrasına verilebilmelidir<sup>25</sup> ya da en azından boşanmaya hükmedildiği celse tarihi itibariyle evliliğin bir yıl sürmüş olması yeterli görülmelidir.<sup>26</sup> Yargıtay ise,<sup>27</sup> dâvanın açıldığı tarihte evliliğin asgari bir yıl sürme şartı gerçekleşmediği takdirde

<sup>20</sup> Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. 3 Aile Hukuku, 11. B., İstanbul 2016, s. 125. Aynı yönde: Öztan, Aile Hukuku, s. 699.

<sup>21</sup> Öztan, Aile Hukuku, s. 694 vd.; Öz Seçer, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 7, S. 2, s. 259-286, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/417812> (Erişim Tarihi: 22.03.2021), s. 265; Akıntürk/Ateş, s. 271. Protokolün duruşma tutanağına geçirilmesinin ve hükümde belirtilmesinin yeterli olduğu hususunda bkz.: Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, Aile Hukuku, 2. B, Ankara 2024, s. 138. Sözlü anlaşmanın zapta geçirilmesinin yeterli olduğu hususunda bkz.: Dural/Ögüz/Gümüş, s. 121 vd.

Kılıçoğlu’na göre, anlaşmalı boşanmak isteyen taraflar yazılı şekilde “*anlaşma protokolü*” hazırlamalı ve imzalamalıdır. Buna karşın, taraflar duruşma esnasında anlaşmalarını zapta geçirip imzalayabilirler: Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2022, s. 113.

<sup>22</sup> İzzet Doğan, “Anlaşmalı Boşanma”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2007, C. 81, S. 5, s. 1933-1943, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20075.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2024), s. 1935.

<sup>23</sup> Yargıtay 2. HD., E. 12360, K. 13465, T. 10.12.1997 ve E. 11547, K. 12959, T. 28.11.1997.

<sup>24</sup> Aynı yönde: Özdemir, s. 154 vd.

<sup>25</sup> Erdem/Makaracı Başak, s. 136.

<sup>26</sup> Bilâl Köseoğlu/Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, 1. B., Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 163, Ankara 2009, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ah-2009-203.pdf> (Erişim Tarihi: 27.08.2022), s. 136.

<sup>27</sup> Aynı yönde: Mehmet Akif Tutumlu, Boşanma Yargılaması Hukuku, 2. B., C. 2, Ankara 2009, s. 1043.

ret kararı verilmesi gerektiği kanaatinde olmakla birlikte aksi yönde bazı kararlar da vermiştir.<sup>28</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda, bir yıllık sürenin dolmamış olduğunun tespiti üzerine, dâva Türk Medeni Kanunu m.166/1'e göre görülmeye devam etmiştir.<sup>29</sup>

Anlaşmalı boşanmaya hükmedebilmesi için hâkim, evliliğin asgari bir yıl sürmüş olma şartına ilâveten tarafları bizzat dinlemeli;<sup>30</sup> iradelerini özgürce açıkladıklarına kanaat getirmeli; boşanmanın finansal neticeleri ve çocukların durumu hakkında tarafların kabul ettikleri düzenlemeyi uygun bulmalıdır (Türk Medeni Kanunu m.166/3,c.1-2).<sup>31</sup> Hâkimin, taraflar ile çocukların menfaatlerini dikkate alarak anlaşmada değişiklik yapması mümkündür. Yapılacak bu değişiklikleri taraflar da kabul ettikleri takdirde boşanmaya hükümlenir. Bu durumda, tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağına dair hüküm uygulanmaz (TMK m.166/3).

Hâkim tarafların yapmış oldukları anlaşmanın içeriğinin kesin hükümsüzlük sebebi taşıyıp taşımadığını re'sen araştıracaktır.<sup>32</sup> Zira bu aşamada, özellikle kamu düzeninden olan, dolayısıyla da içeriğe hâkimin müdahalesinin gerekebileceği iş-tirak nafakası, velâyet gibi konular gündeme gelmektedir.

Anlaşmalı boşanmanın şartlarının sağlandığı durumlarda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabulü karinedir.<sup>33</sup> Bu nedenle hâkim aksi bir durumun var olup olmadığını araştırma yetkisine sahip değildir.<sup>34</sup>

Anlaşmalı boşanma dâvasında, taraflar arasında uyuşmazlık meydana geldiği takdirde, dâvayı ıslaha gerek kalmadan taraflara dayandıkları vakialara ve delille-

<sup>28</sup> Köseoğlu/Kocaağa, (Erişim Tarihi: 27.08.2022), s. 136.

<sup>29</sup> Yargıtay 2. HD., E. 2014/18433, K. 2015/2645, T. 24.02.2015: Yargıtay - Karar Arama (Erişim Tarihi: 30.01.2022).

<sup>30</sup> Anlaşmalı boşanma için hâkimin bizzat tarafların kendilerini dinlemesi gerekir. Hâkim, taraf vekillerini dinlemekle yetinemeyeceği gibi, kendisi dışında birinden de tarafları dinlemesini isteyemez. Taraflar birlikte ya da birbirlerinden ayrı olarak dinlenebilir. Her koşulda hâkimin bu görüşmeyi za-bit ile belgelendirmesi gerekir: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121. Asilin dinlenmeden vekilinin beyanına istinaden anlaşmalı boşanmaya hükmedilmemesi gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Yargıtay 2. HD., E. 2006/10410, K. 2006/17033, T. 06.12.2006, Kazancı (Erişim Tarihi: 21.03.2021).

<sup>31</sup> Anlaşmalı boşanmanın şartları için bkz.: Öztan, Aile Hukuku, s. 692; Kılıçoğlu, s. 111 vd.; Akın-türk/Ateş, s. 269 vd.; Tekinay, s. 194 vd.

<sup>32</sup> Benzer yönde: Öztan, Aile Hukuku, s. 696.

<sup>33</sup> Akıntürk/Ateş, s. 269.

Kesin karine: Öztan, Aile Hukuku, s. 699.

Geçimsizlik karinesi: Kılıçoğlu, s. 108.

Tekinay'a göre: "... karşılıklı rıza, temelden sarsılmanın sadece bir karinesi ise, (...) bu karineyi meydana getiren ikrarların hakimi bağlamaması ve aksinin ispatına imkân verilmesi gerekirdi. Kaldı ki bir taraftan, karşılıklı rıza ile boşanma isteyen tarafları hâkimin bizzat dinlemesi ve onların, iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması şart kılınırken, öbür taraftan ikrarın hâkimi bağliyaacağı anlamına gelen bir kanun hükmü getirmek, kanımızca açık bir çelişkidir.": Tekinay, s. 195. Tekinay'ın bahsi geçen görüşüne bir başka atıf: Akıntürk/Ateş, s. 272.

<sup>34</sup> Bilge Öztan, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 39. B., Ankara 2014, s. 473.

re ilişkin dilekçelerini sunmaları için süre verilmesi; dâvanın, çekişmeli boşanma dâvasına re'sen dönüşmesi, usûl ekonomisi açısından daha uygundur.<sup>35</sup>

Anlaşmalı boşanma için tarafların, boşanmanın finansal neticeleri ile çocukların durumu konusunda mutabık kalmaları gerektiği noktasında, tarafların istemlerine bağlı olan ve olmayan hususlar üzerinde durulması gerekir.

## B. Anlaşmalı Boşanma Dâvalarında İsteğe Bağlı Olan ve İsteğe Bağlı Olmayan Hususlar

Boşanma dâvalarında, tazminat ile yoksulluk nafakasına hâkim re'sen hükmetmez. Bunlar, ön inceleme safhası sona erene kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlenen usûller çerçevesinde istenebilir. Dâva dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesi ile talep edilmeyen yoksulluk nafakası, ön inceleme duruşmasında ancak karşı taraf gelmezse serbestçe istenebilir. Yargıtay kararında<sup>36</sup> da belirtildiği gibi, "*ilk defa ön inceleme duruşmasında ileri sürülen yoksulluk nafakası isteği, talep sonucunun genişletilmesi niteliğindedir*". Bu noktada belirtmek gerekir ki; ıslah imkânı mevcuttur. Bunun yanı sıra Türk Medeni Kanunu m.178 hükmünü de göz ardı etmemek gerekir. "İsteğe bağlı olmayan" hususlarda ise durum farklıdır. Örneğin; iştirak nafakası, tedbir nafakası, tahkikatın her safhasında gündeme gelebilir. İştirak nafakasına ilişkin olarak hâkim, çocuğun güvenliği ve üstün yararını gözetir; idrak gücüne sahip çocuğu dinler ve taleple bağlı olmaksızın karar verir.<sup>37</sup> Zira hâkim, çocuğu ana babasına karşı da korur.<sup>38</sup>

Türk Medeni Kanunu m.178 uyarınca, "*evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmele zamanaşımına uğrar*". Bu hüküm ile tarafların, boşandıktan yıllar sonra tazminat veya yoksulluk nafakası talebiyle karşı karşıya gelmelerinin önüne geçmek istenmiştir.<sup>39</sup>

## II. GENEL OLARAK İŞTİRAK NAFAKASI

İştirak nafakasına ilişkin düzenleme Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır ancak bu ifade Kanun'da kullanılan bir ifade değildir; doktrinde ve yargı kararlarında geçer.

<sup>35</sup> Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları 06-09 HAZİRAN 2013 - İSTANBUL, s. 1-8, <http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ozel-hukuk/7-aile-hukuku/2.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2015), s. 3.

<sup>36</sup> Yargıtay 2. HD.'nin, E. 2012/16941, K. 2013/6052, T. 07.03.2013 sayılı kararı.

<sup>37</sup> İştirak nafakasının talebe bağlı olmamasına ilişkin olarak bkz.: Öztan, Aile Hukuku, s. 759, 796; Berki, s. 188; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 144; Gençcan, Aile Mahkemeleri, (Erişim Tarihi: 27.12.2023), s. 28. Benzer yönde: Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3. B, İstanbul 1986, s. 393.

<sup>38</sup> Gençcan, Aile Mahkemeleri, (Erişim Tarihi: 27.12.2023), s. 28-30.

<sup>39</sup> TMK m.178'in-madde-gerekçesi: [https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723\\_Madde\\_Gerekceleri\\_1.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf) (Erişim Tarihi: 16.12.2015).

## A. İştirak Nafakasının Tanımı

Çocuğun velâyeti kendisine verilmeyen taraf için malî yükümlülükler devam eder.<sup>40</sup> Uygulamada, çocuğu kendisine bırakılmayan tarafın, onun bakımı ve yetiştirilmesi için ödeyeceği nafakaya mahiyetine de uygun olarak *iştirak nafakası* denmiştir.<sup>41</sup>

Boşanma ya da ayrılık kararı olmadığı müddetçe iştirak nafakası söz konusu olmaz.<sup>42</sup> İştirak nafakası istemi, velâyet istemini de ihtiva eder.<sup>43</sup>

Velâyet kamu düzenine ilişkin olduğu için bu konu ile ilgili hüküm re'sen kurulur.<sup>44</sup> Velâyetin, kendisine bırakıldığı ana veya babadan alınamayacağını düşünmek yanlış olur. Zira söz konusu kişinin, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getiremediği durumlarda velâyet değiştirilebilmektedir. Velâyet değişikliği yapılacaksa, çocuğun menfaatine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde yapılması gerekir (TMK m.324/3).

Boşanma kararı kesinleşene kadar verilen nafaka, iştirak nafakası değil tedbir nafakasıdır.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Tekinay, s. 279, 280. Benzer yönde: Feyzioğlu, s. 389; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 144.

<sup>41</sup> Akıntürk/Ateş, s. 316.

"... *Binaenaleyh çocuk kendisine verilmemiş olan taraf bir nafaka ödeyecektir. Bu nafakaya, mahiyetine de uygun düşecek biçimde «iştirak nafakası» denilmektedir...*": Turgut Akıntürk, "Boşanmanın Hukukî Sonuçları", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C. 2, Boşanma Hukuku Haftası, s. 175-204, Ankara 1977, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/385.pdf> (Erişim Tarihi: 14.12.2015), s. 202.

<sup>42</sup> Şakir Kaleli, "Nafaka Davaları", Yargıtay Dergisi Ocak Nisan 1978, s. 115-131, [www.yargitaydergisi.gov.tr/journalContent/12](http://www.yargitaydergisi.gov.tr/journalContent/12) (Erişim Tarihi: 07.04.2024), s. 124.

Ancak doktrinde tam olarak bu şekilde ifade edilmek yerine daha ziyade boşanmanın bir sonucu olan velâyet kavramı ya da bu kavrama karşılık gelen ifadeler üzerinden iştirak nafakası ele alınmaktadır: Aydın Zevkililer/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Zevkililer Medeni Hukuk: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 5. B., Ankara 1997, s. 983 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 316.

<sup>43</sup> Canan Ruhi/Ahmet Cemal Ruhi, Nafaka Hukuku, 4. B., Ankara 2021, s. 72.

<sup>44</sup> Velayet, kamu düzenine ilişkindir: Öztan, Aile Hukuku, s. 696; Yargılamanın her safhasında dikkate alınması, kendiliğinden düzenleme yapılması, çocuğun üstün yararının aslolanması, herkesin ihbar edebilmesi, kullanılmasının sınırlanamaması, ana babadan başka kişilere tevdi edilememesi, kesin hüküm teşkil etmemesi, koruma kararı ile kaldırılmaması, kendiliğinden araştırma yapılması, velayetin kamu düzenine ilişkin olmasındandır: Ömer Uğur Gençcan, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 1531.

Anayasa Mahkemesi kamu düzeninin, "*toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı*" kanaatindedir: Anayasa Mahkemesi Kararı E. 1963/128, K. 1964/8, T. 28/1/1964, RG 17.04.1964, S. 11685, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf> (Erişim Tarihi: 10.11.2015), s. 2.

<sup>45</sup> Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 956; Feyzioğlu, s. 355 vd.; Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2010, s. 1196.

Köprülü/Kaneti'ye göre, evlilik birliği devam ederken geçim ve bakım ödevinin yerine getirilmesi dolayısıyla da tedbir nafakası istenebilir: Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, 2. B., İstanbul 1989, s. 127.

Velâyetin geçici tesisi hâlinde de tedbir nafakasına hükmolunması gündeme gelebilir: Özgecan Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, 1. B., İstanbul 2022, s. 26.

## B. İştirak Nafakasında İstem ve Süre

İştirak nafakasına hükmedilmesi için velâyet ilişkisinin varlığı aranır: Boşanma dâvasının açıldığı tarihte ya da dâva devam ederken çocuğun ergin olmaması gerekir.<sup>46</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, iştirak nafakası almaktayken ergin olan çocuğun, nafakasının akıbetini ele aldığı bir kararında konu ile ilgili uygulamaya yer vermiştir. Kararda<sup>47</sup> bahsi geçtiği üzere: Çocuğun ergin olduğu tarihte<sup>48</sup> iştirak nafakası kendiliğinden sona erer. Ergin olduktan sonra eğitimine devam eden çocuğun yeni bir dâva açmak suretiyle nafaka istemesi mümkündür. İştirak nafakası, boşanma kararının kesinleştiği tarihten sonra işlemeye başlar. Türk Medeni Kanunu m.182 uyarınca ilamda hükme bağlanan söz konusu nafakanın alacaklısı müşterek çocuk değildir; velâyet hakkını haiz olan eştir. Çocuğun ergin olduğu tarihe kadar ödenmesi gerekip de ödenmeyen ve bu nedenle biriken nafaka alacağıının, velâyet hakkına sahip olan eş tarafından, çocuğun ergin olmasından sonra da takip edilmesi mümkündür.<sup>49</sup>

İştirak nafakası, velâyetin fiilî olarak kullanılmasına bağlıdır.<sup>50</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi bir kararında velâyet kendisinde olmadan çocuğa bakan tarafın iştirak nafakası isteminde bulunup bulunamayacağı konusu üzerinde durmuş; istemde bulunabileceğini ancak velâyet değiştirilmeksizin iştirak nafakasına hükümlenmesinin ardından çocuk, velâyetinde bulunduğu tarafın yanına döndüğü takdirde bu tarafın, nafakanın kaldırılmasını her zaman isteyebileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.<sup>51</sup>

Taraflardan birinin ekonomik yönden iyi olması velâyetin değiştirilmesini gerektirmez. Bu yönde bir istemde bulunan tarafın, ödeyeceği iştirak nafakasını artırması uygun olur.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Cyril Hegnauer: Berner Kommentar, Bd. II/2/2/1, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 270-295 ZGB, Bern 1997, Art. 279-280, N. 140, 141 (K. Ali Sonat, "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, s. 235-291, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/793377> (Erişim-Tarihi: 07.04.2024), s. 279, 280'den naklen).

<sup>47</sup> Yargıtay 12. HD., E. 2011/17148, K. 2012/3500, T. 14.02.2012: İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2012, C. 86, S. 4, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/10.pdf> (Erişim Tarihi: 01.02.2022), s. 435, 436.

<sup>48</sup> Yargıtay 8. HD.'nin E. 2013/17156, K. 2014/6102, T. 03.04.2014 sayılı kararında, "... babanın çocuğuna bakma mükellefiyeti onun ergin olmasıyla sona erer..." ifadesi geçmektedir (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.03.2021).

<sup>49</sup> Yargıtay 12. HD., E. 2011/17148, K. 2012/3500, T. 14.02.2012: İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2012, C. 86, S. 4, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/10.pdf> (Erişim Tarihi: 01.02.2022), s. 435, 436.

<sup>50</sup> Yargıtay 3. HD., E. 2010/14433, K. 2010/16126, T. 11.10.2010: Yargıtay - Karar Arama (Erişim Tarihi: 29.04.2024).

<sup>51</sup> Yargıtay 3. HD., E. 2010/14433, K. 2010/16126, T. 11.10.2010: Yargıtay - Karar Arama (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

<sup>52</sup> Bu konuda bkz.: Ömer Uğur Gençcan, "HMK Sonrasında Velâyetin Değiştirilmesi Davalarında Yargıtay Uygulaması", -İzmir-Barosu-Dergisi, -Ocak-2015, s. 143-180, <http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/2015-1.pdf> (Erişim Tarihi: 14.12.2015), s. 157; Feyzioğlu, s. 391.

### C. İştirak Nafakasının Kapsamı

“Çocuğun bakım ve eğitim giderleri”, iştirak nafakası kapsamında yer alır (Türk Medeni Kanunu m.182/3,c.2). Yasal düzenlemenin lâfzından iştirak nafakasının kapsamının geniş olmadığı sonucuna varılmamalıdır; çünkü çocuğun “bakım”ı oldukça genel bir ifadedir. Çocuğun; yiyecek, giyim, barınma, sağlık,<sup>53</sup> istirahat, eğitim öğretim, harçlık, ulaşım giderleri nafakanın bu türünün kapsamını oluşturmaktadır.<sup>54</sup>

Ana babanın, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini nasıl paylaşacaklarına dair belirlemede bulunulurken, belirlemenin ihtiyaç kalemlerinin paylaşımı şeklinde değil, uygulanmasında sorun çıkmaması adına parasal olarak yapılmasında fayda vardır.<sup>55</sup> Belirlemede, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını da göz önünde bulundurmak gerekir.<sup>56</sup> “... Çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün ekonomik koşulları ile genel ihtiyaçlar...”<sup>57</sup> nafakanın takdirinde önem arz eden diğer hususlardır.

İştirak nafakasının miktarının her yıl hangi oranda artış göstereceği taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak kararlaştırılan oran, nafaka yükümlüsünü cezalandırmışçasına çok yüksek olmamalıdır. Belirlenen oran, nafaka yükümlüsünün fakirleşmesine, karşı tarafın ise zenginleşmesine sebebiyet verecek kadar yüksekse Türk Medeni Kanunu m.4 gereği hâkim takdir yetkisini hakkaniyete uygun olarak kullanmalıdır.<sup>58</sup> Yargıtay önüne gelen bu tür bir olayda hâkimin yıllık artışa

<sup>53</sup> “... Velayetin anne veya babadan yalnızca birinde olduğu durumlarda diğer taraf tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan ücret borcuna hâkimin belirleyeceği iştirak nafakası ile katılır. Taraflar arasında önceden belirlenmiş bir iştirak nafakası varsa ve sonradan ortaya çıkan tedavi ücreti çok yüksekse bu durum hâkim tarafından dikkate alınmalı ve iştirak nafakası yeniden şartlara göre değerlendirilerek yükseltilmelidir...”: İlhan Gülel, “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2, C. 1, S. 5 (20 Nisan 2011), s. 585-644, <https://pdf.trdizin.gov.tr> (Erişim Tarihi: 08.04.2024), s. 620.

<sup>54</sup> Gençcan, Tazminat ve Nafaka, s. 1196, 1197. Örneklerden bazıları için bkz.: Köprülü/Kaneti, s. 200; Ebru Ceylan, “İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2017, S. 133, s. 299-324, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1702> (Erişim Tarihi: 15.06.2024), s. 323; Sırma, s. 38 vd.

<sup>55</sup> Ramazan Karakaya, “Aile Mahkemelerinde Güncel Sorunlar”, Hukuk Merceği 12: Konferanslar ve Paneller 25 Nisan 2008 - 24 Temmuz 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, <https://ankarabarosu.org.tr/serve/file/6b95a8ba-80d8-11eb-9d0c-10050145887d/hm12.pdf> (Erişim Tarihi: 14.04.2024), s. 157. Konu ile ilgili bir karar için bkz.: Yargıtay 3. HD., E. 2013/796, K. 2013/4401, T. 14.03.2013: Kazancı (Erişim Tarihi: 21.03.2021).

<sup>56</sup> Karakaya, (Erişim Tarihi: 14.04.2024), s. 157. “Yargıç (...) ana babanın parasal durumlarını da göz önünde tutar.”: Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 986; “... ekonomik ve mali gücü...”: Kılıçoğlu, s. 153; “... malî gücü...”: Tekinay, s. 280; Akıntürk/Ateş, s. 316; Dural/Öğüz/Gümüüş, s. 144; Feyzioğlu, s. 389; “... tarafların geliri, ödeme gücü...”: Öztan, Aile Hukuku, s. 759; “... malî durumu...”: Köprülü/Kaneti, s. 200.

<sup>57</sup> Yargıtay HGK., E. 2012/1344, K. 2013/517, T. 17.04.2013: Yargıtay - Karar Arama (Erişim Tarihi: 07.02.2022).

<sup>58</sup> Yargıtay HGK., E. 2017/3-1513, K. 2019/1182, T. 14.11.2019: Kazancı (Erişim Tarihi: 20.03.2021).



ilişkin takdir yetkisini, ÜFE-TÜFE'ye göre belirlemesi yönünde karar vermiştir.<sup>59</sup> Türk Medeni Kanunu m.4 kapsamında hâkimin takdir yetkisini hakkaniyete uygun olarak kullanması gerekliliği, etkisini yalnızca nafakanın yüksek belirlenmesinde değil, tarafların “sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına”,<sup>60</sup> çocuğun ihtiyaçlarına göre düşük belirlenmesi durumunda da göstererek temyizde bozmayı gerektirebilir.<sup>61</sup> Ancak iştirak nafakası temyiz edilmemişse/istinaf kanun yoluna başvurulmamışsa, nafaka borçlusu lehine miktar açısından usulî kazanılmış hak oluşmuş olur.<sup>62</sup>

İştirak nafakasına hükmolunduktan sonra zaman içinde koşulların değişmesi söz konusu olabilir. Bu durumda hâkim, talebe istinaden nafakanın miktarını tekrar tayin eder ya da kaldırılmasına hükmeder (Türk Medeni Kanunu m.331).

### III. ANLAŞMALI BOŞANMA DÂVASI İLE TALEP EDİLMEMİŞ İŞTİRAK NAFKASININ SONRADAN TALEP EDİLMESİ

Tarafların anlaşmalı boşanmaları durumunda birbirleriyle yapmış oldukları protokol, hukukî niteliği açısından Türk Medeni Kanunu hükümlerine dayanmaktadır. Söz konusu protokolün tâbi olduğu hükümler ise sözleşmeye ilişkin genel hükümlerdir. Dolayısıyla taraflar, kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde özgür iradeleriyle sözleşme yapabilirler<sup>63</sup> (Türk Borçlar Kanunu<sup>64</sup> m.26-27).

Boşanma kararının kesinleşmesinden önce veya sonra iştirak nafakasının unsurları konusunda eşlerin yaptığı sözleşme hâkimin onayına sunulmamışsa ya da hâkim tarafından onaylanmamışsa hukukî sonuç doğurmaz.<sup>65</sup>

Anlaşmalı boşanmak üzere dâva açan taraflar, iştirak nafakası ile ilgili anlaşma yapmamış olabilirler. Bu durumda hâkim uygun miktarda nafaka takdir et-

<sup>59</sup> Yargıtay HGK., E. 2017/3-1513, K. 2019/1182, T. 14.11.2019: Kazancı (Erişim Tarihi: 20.03.2021). Benzer yönde kararlara eserinde Kılıçoğlu da yer vermiştir: Kılıçoğlu, s. 154.

<sup>60</sup> Yargıtay 2. HD., E. 2021/6733, K. 2021/8104, T. 03.11.2021: Yargıtay - Karar Arama (Erişim Tarihi: 19.12.2021; Yargıtay 2. HD., E. 2021/6315, K. 2021/7317, T. 19.10.2021: Yargıtay - Karar Arama (Erişim Tarihi: 19.12.2021).

<sup>61</sup> Yargıtay 2. HD., E. 2021/6848, K. 2021/8480, T. 11.11.2021: Yargıtay - Karar Arama, (Erişim Tarihi: 19.12.2021).

<sup>62</sup> Temyize başvurulmamış olması yönünden: Yargıtay 2. HD., E. 2021/10607, K. 2022/5471, T. 08.06.2022: Kazancı (Erişim Tarihi: 31.10.2023). İstinafa başvurulmamış olması yönünden: Yargıtay 2. HD., E. 2022/436, K. 2022/2885, T. 24.03.2022: Kazancı (Erişim Tarihi: 01.11.2023).

<sup>63</sup> Anlaşmalı boşanma protokolü ile ilgili açıklamalar için bkz.: Yargıtay 3. HD., E. 2003/1941, K. 2003/2097, T. 04.03.2003: Kazancı (Erişim Tarihi: 22.04.2024). Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin genel hükümlerinin boşanma anlaşmasına da uygulanacağına ilişkin olarak bkz.: Seçer, (Erişim Tarihi: 16.06.2024), s. 264.

<sup>64</sup> Türk Borçlar Kanunu (TBK, No. 6098, RG 04.02.2011, S. 27836).

<sup>65</sup> Genççan, Tazminat ve Nafaka, s. 1206. Yakın bir yorum: Seçer, s. 263. “... hâkimin (...) boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır...” (TMK m.166/3) hükmünde öngörülen gereklilikten de benzer bir sonuca varılabilir.

melidir.<sup>66</sup> Velâyet hakkına sahip taraf, çocuk için nafaka talebinin bulunmadığını açık bir şekilde ifade etmişse nafakaya hükmedilmeyebilir.<sup>67</sup> Ancak, tarafların iradelerini hâkim huzurunda, iştirak nafakası takdir edilmemesi yönünde açıklamaları durumunda dahi boşanma kararı kesinleştikten sonra, velâyetin kendisine verildiği tarafça, daha sonra iştirak nafakası isteminde bulunulması mümkündür.<sup>68</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi velâyet altındaki küçüğün menfaatiyle bağdaşmayacak şekilde, henüz tahakkuk etmemiş iştirak nafakasından feragat edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak bir Kararında,<sup>69</sup> bu tür bir feragatin geçersiz olduğu ve küçüğün erginliğine dek devam edecek nafakayı kapsamayacağı yönünde açıklamaya yer vermiştir. Nafakanın bu türü, her an doğan işleyen haklardan olma özelliğine sahiptir. Öyle ki dâvacı, çocuğu için nafaka istemediğini beyan etmişse ve boşanma kararı kesinleşmişse, kısa bir süre içerisinde iştirak nafakası istenmesi durumunda; protokol hükümlerine uyulmadığı, dâvanın dürüstlük kuralına uygun şekilde açılmadığı yönünde bir savunma getirilmiş olsa dahi mahkeme tarafından ana babanın ekonomik sosyal durumları ve küçüğün gereksinimleri göz önünde bulundurularak uygun bir nafakaya hükmedilmelidir.<sup>70</sup> Anlaşmalı boşanma kapsamında istenmemiş olsa da iştirak nafakası isteminin sonradan da ileri sürülebilmesinin sebebi Türk Medeni Kanunu m.182/3 hükmünün kamu düzeninden olmasıdır. Bu nedenle iştirak nafakasına hükmedilmesi tarafların taleplerine bağlı değildir.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Yargıtay 2. HD., E. 1998/11071, K. 1998/11334, T. 22.10.1998: Kazancı (Erişim Tarihi 21.03.2021); bkz. dn. 37. Uygun miktar belirlenirken göz önünde bulundurulabilecek hususlar için bkz.: Öztan, Aile Hukuku, s. 759; Akıntürk/Ateş, s. 316 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 200 vd.; Kılıçoğlu, s. 153 vd.

<sup>67</sup> İştirak nafakasının çocuk için olması sebebiyle, feragat hakkının bulunmadığı yönünde bkz.: Şakir Berki, Medenî Hukuk: Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961, s. 188.

*"Velâyet hakkı kendisine verilen taraf çocuğu için nafaka istemediğini açıkça beyan etmiş ise, iştirak nafakasına karar verilemez"* ifadesini kullanmıştır: Ruhi/Ruhi, s. 72.

*"... Velayet düzenlemeleri ve bunun tabii sonucu olan iştirak nafakası istemlerinde amaç küçüğün menfaatinin korunması olduğundan "açıkça nafaka istemiyorum" şeklinde bir beyanın varlığı dışında hakim kendiliğinden iştirak nafakasına hükmetmesi gerekir..."*: Yargıtay HGK., E. 2017/2-2444, K. 2019/51, T. 31.01.2019, Kazancı (Erişim Tarihi: 04.03.2022).

<sup>68</sup> Yargıtay 2. HD., E. 2004/14860, K. 2005/176, T. 10.01.2005: Bahattin Aras, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Ankara 2007, s. 342'den naklen.

<sup>69</sup> Yargıtay 3. HD., E. 2010/9685, K. 2010/13957, T. 13.09.2010: Kazancı (Erişim Tarihi: 31.12.2023).

<sup>70</sup> Yargıtay 3. HD., E. 2012/10922, K. 2012/15884, T. 25.06.2012: Ali İhsan Özüğür, Nafaka Hukuku, 5. B., Ankara 2014, s. 299'dan naklen.

<sup>71</sup> Yargıtay 3. HD., E. 2011/9705, K. 2011/16085, T. 20.10.2011: Özüğür, s. 309, 310'dan naklen; Öztan, Aile Hukuku, s. 759, 796; Berki, s. 188. Bkz. dn. 37.

Yargıtay HGK., E. 2013/3-386, K. 2013/306, T. 06.03.2013 kararında, *"... tarafların boşanma sırasında nihai olarak anlaştıklarını bildirdikleri ve nafaka isteğinden feragat edildiği, davacının bu beyanında açıkça yoksulluk nafakasından söz edilmemiş ise de kendisini bağlayacağı, anlaşmalı boşanmanın kesinleşmesi ile istenebilecek tek nafakanın çocuklar için iştirak nafakası olduğu, somit olayda, davacının boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünden bahisle nafaka isteyemeyeceği..."* hususundan söz etmiştir: "Gönderen: Av. Talih UYAR (e.uyar.com)" İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2013, C. 87, S. 6, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=414&desc=Cilt:87->

Uygulamada, karşı tarafı anlaşmalı boşanmaya ikna etmek için biraz hileli bir yöntem olarak iştirak nafakası istenmediğine ilişkin beyanlarda bulunulduğu durumlara rastlanmaktadır. Burada vurgulanması gereken önemli bir nokta da, dilekçede veya yargılama esnasında “*nafaka istemiyorum*” şeklinde beyanda bulunmanın, yoksulluk nafakasından feragat niteliğinde olduğudur.<sup>72</sup>

Velâyet kendisine bırakılmayan tarafın çocukla kuracağı kişisel ilişki, çocuğun özellikle sağlığı, eğitimi ile ahlâk yönünden yararı dikkate alınarak düzenlenir. Söz konusu tarafın da çocuğun bakımı ve eğitimi için yapılması gereken harcamalara “*gücü oranında*” katılma yükümlülüğü bulunmaktadır (Türk Medeni Kanunu m.182/3).

Her iki taraf nafaka gerektirmeyecek kadar malî yönden güçlü iseler de, velâyet kendisine verilmeyen ana ya da babanın da çocuğunun bakımına, malî kaynakları ile çalışma gücü oranında iştirak etmesi gerekir.<sup>73</sup>

Yargıtay, çalışabilecek durumda olmadığı hekim raporuyla saptanan ve hiç geliri olmayan tarafın iştirak nafakası ödemekle yükümlü tutulamayacağı görüşündedir.<sup>74</sup>

Çocuk gelir elde ediyorsa ve bu gelir kendi gereksinimleri için yeterli olacaksa iştirak nafakasına hükmedilmez.<sup>75</sup> Çocuğun geliri, Türk Medeni Kanunu m.330/1,c.2'ye göre, nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.

Küçüğe fiilen bakmakta olan ana ya da baba, diğer ebeveyne karşı çocuk adına nafaka dâvası açabilecektir. Küçük, temyiz kudretine sahip değilse atanacak kayyım veya vasi; sahipse bizzat kendisi anılan dâvayı açabilir (Türk Medeni Kanunu m.329).

---

Say%C4%B1:2013/6 (Erişim Tarihi: 09.04.2024), s. 382.

Velâyetin kamu düzenine ilişkin olması ile ilgili olarak Şimşek'in bir olay üzerinden yaptığı değerlendirmeye yer vermek gerekirse: “... *Boşanma davası sonucu velayet babaya verildi. Ancak fiilen çocuk annenin yanında. Anne çocuğun velayetini almak istemiyor. Babanın sosyal güvenlik haklarından yararlanması devam etsin diye. Ancak fiilen kendisi baktığı için çocuk için nafaka isteyebilir mi? İsteyebilir. Yalnız burada bu hususu açıkça belirtip kanıtlaması gerekecek. Buradaki tehlike velayet davalarının kamu düzeni ile ilgili olması nedeni ile, hakim bu olayı velayet hakkının iyi kullanılmaması şeklinde yorumlayıp, velayetin değiştirilmesine de hükmedebilir (...)* Hakim bunu inceleyecek ve çocuğun menfaatine, annenin yanında kalması ancak babanın nafaka ödemesi şeklinde ise hükmedebilir, engel bir durum yok.”: Mustafa Şimşek, “Soybağı: Tanıma ve Babalık, Evlat Edinme”, Velayet, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü Etkinliği: Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması (6-7 Mart 2003), s. 130-177, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2003, <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ymy-2003-404.pdf> (Erişim Tarihi: 14.12.2015), s. 174.

<sup>72</sup> Karakaya, s. 153 vd.

<sup>73</sup> Mehmet Hamzaçebi, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri ve Değeri)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 10, S. 3-4, s. 23-48, s. 38.

<sup>74</sup> Yargıtay “2. HD. 27.2.1995, 1604/2406 (karar yayımlanmamıştır)”: Akıntürk/Ateş, s. 316 vd.'dan naklen.

<sup>75</sup> Öztan, Aile Hukuku, s. 759; Ruhi/Ruhi, s. 72.

İştirak nafakası, boşanma dâvası kapsamında, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten; boşanma dâvası dışında, sonradan istemde bulunulması durumunda ise dâvanın açıldığı tarihten itibaren başlar.<sup>76</sup>

İştirak nafakası erginliğe dek devam eder; çocuğun ergin olmasıyla kural olarak son bulur. Buna karşın Türk Medeni Kanunu m.328/2 uyarınca, “Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.” Eğitimi devam eden ergin çocuğa ana babasının bakma yükümlülüğünün devamı için, çocuğun, eğitimine erginliğinden önce başlamış olması yönünde bir şart aranmaz.<sup>77</sup> Nafaka yükümlülüğünün süresi tespit edilirken eğitimin makûl bir süre içinde bitirilmesi esas alınır.<sup>78</sup> Eğitime geçici olarak ara vermek ya da eğitimin kısa süreli kesintilere uğraması nafaka yükümlülüğünü sonlandırmaz.<sup>79</sup>

Tartışmalı olan husus, eğitimi devam eden ergin çocuk için ödenecek nafakanın iştirak nafakası mı, yardım nafakası mı olduğudur.<sup>80</sup> Bir görüşe göre; çocuğun ergin olması sonrasında bakılma ihtiyacı olacaksa, örneğin eğitimi devam ediyor, istemde bulunduğu takdirde hükmedilecek nafaka yardım nafakasıdır.<sup>81</sup> Diğer bir görüşe göre ise, Türk Medeni Kanunu m.328 dikkate alındığında eğitime devam eden ergin çocuğa ödenen nafaka iştirak nafakasıdır.<sup>82</sup>

<sup>76</sup> Özüğür, s.437; Sırma, s. 42 vd. İştirak nafakasının dâva tarihi itibarıyla başlayacağına dair bkz.: Öztan, Aile Hukuku, s. 760.

<sup>77</sup> Ahmet Türkmen, “Eğitim Nafakası (TMK m.328/II)”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2013, C. 8, S. Özel, s. 2707-2764, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179498> (Erişim Tarihi: 09.04.2024), s. 2740.

<sup>78</sup> Hausheer Heinz/Verde Michel: Mündergenunterhalt, in: Jusletter 15. Februar 2010., s. 8 (Türkmen, s. 2740’tan naklen). Benzer yönde: Fezyioğlu, s. 390.

<sup>79</sup> Cyril Hegnauer: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht. 2. Abteilung: Die Verwandtschaft. 2. Teilband: Die Wirkung des Kindesverhältnisses. 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder Kommentar zu Art. 270-295 ZGB, Bern 1997, Art. 277 N 84 (Türkmen, s. 2741’den naklen).

<sup>80</sup> Fezyioğlu’na göre, eğitime devam eden çocuk ergin olduğunda yükseköğreniminin normal süresi için iştirak nafakasının devamını isteyebilir ya da Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun şekilde yardım nafakası alabilir: Fezyioğlu, s. 390.

<sup>81</sup> Mahmut Kamacı, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye’nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri”, Yargıtay Dergisi Ekim 1998, s. 508-539, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/journalContent/73> (Erişim Tarihi: 02.01.2024), s. 511. Benzer yönde: Ceylan, (Erişim Tarihi: 13.04.2024), s. 310.

Tekinay da öğrenimine devam eden ergin çocuğun artık iştirak nafakası değil yardım nafakası isteyebileceği görüşündedir: Tekinay, s. 280 vd., dn. 55.

Ergin ancak engelli ve çalışamayacak durumda olan çocuğa da iştirak nafakası değil yardım nafakası ödenir (Nihat Yavuz, Öğretide ve Uygulamada Nafaka, Nişan ve Eşlerin Katkı Payı ile İlgili Davalar, Ankara 2008, s. 441; Öztan, Aile Hukuku, s. 797). Zira, TMK m.364/1 uyarınca, “herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”.

<sup>82</sup> Akıntürk/Ateş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun “13.3.1963, 2-99/21” sayılı kararını ve Türk Medeni Kanunu m.328’i dayanak göstererek ergin olsa da çocuğun, ailesinin sosyal durumu nedeniyle okula gitmesi gerektiği takdirde iştirak nafakasının devam edeceğini ifade etmiştir: Akıntürk/Ateş, s. 317.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, Türk Borçlar Kanunu m.328/2 hükmüne ve iştirak nafakası uygulamasına ilişkin olarak verdiği bir kararda<sup>83</sup> belirttiği gibi, "MK.nun 328/2. maddesi gereğince; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve babanın eğitim sonuna kadar çocuğa bakma görevi için yapılacak ödemeye veya MK.nun 364. maddesinde öngörülen yardım nafakasına hükmedilmeden sona eren iştirak nafakasının yorum yoluyla sürdürülmesi mümkün değildir". Yargıtay'ın bu kararı doktrinde; iştirak, eğitim ve yardım nafakasının farklı türler olduğu yönünde yorumlanmıştır.<sup>84</sup> Değerlendirmemize göre, eğitim nafakası olarak adlandırılabilir ayrı bir nafaka türü yoktur. Ergin olmayan çocuğun eğitim masrafları iştirak nafakası kapsamındadır. Ergin çocuğun eğitim masrafları ise yardım nafakası kapsamındadır; çünkü örgün eğitimine devam ederken, eğitimi nedeniyle eğitim-öğretim faaliyetlerinin gerçekleştirildiği saatler içerisinde fiilen başka bir iş yerinde bulunamayabilecektir ve kendisine yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşebilecektir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda<sup>85</sup> açık öğretim kurumunda okumayı, yasal bir engel olarak değerlendirmemiştir. O hâlde eğitimi nedeniyle ergin çocuğa nafaka verilmesinin koşulu; eğitiminin, çalışmasına engel teşkil etmesi, bunun sonucunda da kendisine yardım edilmemesi hâlinde yoksulluğa düşecek olmasıdır.

#### IV. İŞTİRAK NAFKASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ OLUP OLMADIGININ İRDELENMESİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ("Arabuluculuk Kanunu"),<sup>86</sup> "yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır." (Arabuluculuk Kanunu m.1/2,c.1).

Arabuluculuk Kanunu m.2/1-(b)'de "Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren"

<sup>83</sup> Yargıtay 12. HD., E. 2005/12338, K. 2005/16008, T. 18.07.2005, Yargıtay - Karar Arama (Erişim Tarihi: 18.09.2022).

<sup>84</sup> Türkmen, s. 2755. *Sonat* da, ergin çocuğa ödenecek eğitim nafakasının yardım nafakası değil bakım nafakası türünden olduğu sonucuna varmıştır: *Sonat*, (Erişim Tarihi: 13.04.2024), s. 284, 285.

<sup>85</sup> Yargıtay 2. HD., E. 1986/6110, K. 1986/6293, T. 23.06.1986: "... Davacı, Açık (Yaygın) Öğretim Kurumu'nda okumakta bulunduğu göre, eğitim sebebi ile çalışmamak gibi kanunî bir engelden de söz edilemez. O halde davanın reddi gerekirken, bu yön gözetilmeden nafakaya hükmedilmesi usûl ve kanuna aykırıdır...": Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak 1987, C. XIII., S. 1., <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/Ocak1987/Ocak1987/assets/basic-html/page34.html> (Erişim Tarihi: 14.12.2015), s. 34.

<sup>86</sup> No. 6325, RG 22.06.2012, S. 28331.

*ren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi...*” olarak tanımlanmıştır.

Arabuluculuk Kanunu hükümleri incelendiğinde, aile uyuşmazlıkları içerisinde “tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri” konulardan kaynaklanan meseleler için alternatif çözüm yolu olarak arabuluculuğa başvurulabilmesinin önünde bir engel görünmemektedir. İştirak nafakasının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı hususu ise doktrinde tartışmalıdır.

Özbek’e göre,<sup>87</sup> tazminat miktarı, nafaka miktarı, velâyet gibi boşanmanın fer’î sonuçları dâva sırasında aile arabuluculuğu ile çözüme kavuşturulabilir. Hâkim, tutanağı Türk Medeni Kanunu’na göre ve kamu düzeni açısından inceler. İki aşamalı arabuluculuk söz konusudur. Bunlardan ilki boşanmaktan vazgeçirme; ikincisi ise, taraflar boşanmak konusunda kararlı oldukları takdirde dâvanın anlaşmalı boşanmaya çevrilerek sürdürülmesine ilişkindir.

Dedeâğaç ise,<sup>88</sup> Aile Hukuku’na dair uzlaşmaya; nafakanın, çocuğun velâyetinin, çocuk ile şahsî temasın, bunların kamu düzenine ilişkin olmaları sebebiyle dâhil edilemeyeceği kanaatinde dir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın bir yayınında Özdoğan,<sup>89</sup> boşanma dâvasından bağımsız açılan iştirak nafakası dâvalarının, boşanmanın kesinleşmesinden sonra yine bağımsız şekilde açılan iştirak nafakasının miktarına dair dâvaların, söz konusu nafakanın kaldırılmasına ilişkin dâvaların arabuluculuğa elverişli olduğunu belirtmiştir.

<sup>87</sup> Mustafa Özbek, “Avukatlıkta Arabuluculuk”, Hukuk Merceği 12: Konferanslar ve Paneller 25 Nisan 2008 - 24 Temmuz 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/hm12.pdf> (Erişim Tarihi: 16.12.2015), <https://ankarabarusu.org.tr/serve/file/6b95a8ba-80d8-11eb-9d0c-10050145887d/hm12.pdf> (Erişim Tarihi: 24.09.2022), s. 262.

<sup>88</sup> Ender Dedeâğaç, “Avukatlıkta Arabuluculuk”, Hukuk Merceği 12: Konferanslar ve Paneller 25 Nisan 2008 - 24 Temmuz 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/hm12.pdf> (Erişim-Tarihi: 16.12.2015), <https://ankarabarusu.org.tr/serve/file/6b95a8ba-80d8-11eb-9d0c-10050145887d/hm12.pdf> (Erişim Tarihi: 24.09.2022), s. 263. Benzer yönde: Mustafa Çalışkan, “Anlaşmalı Boşanmada Arabuluculuk”, Arabuluculuk Yıllığı 2020 (Editörler: Begüm Kocamaz-Baybüke Kurtuluş), s. 57-81, Ankara 2020, s. 75; Gonca Gülfem Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. XX, S. 1, s. 101-136, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789007> (Erişim-Tarihi: 21.03.2021), s. 104.

<sup>89</sup> Ayça Özdoğan, “Boşanmanın Yan Sonuçlarına Bağlı Taleplerde Arabuluculuk, Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk”, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, [https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210317Aile\\_ve\\_Miras.pdf](https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210317Aile_ve_Miras.pdf) (Erişim-Tarihi: 25.09.2022), Ankara 2020, s. 104 vd.

Arabuluculuk Kanunu m.18/3'e ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ("Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği") m.21/5'e göre, arabuluculuğa elverişli olan Aile Hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda anlaşma sağlanmışsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesine dair inceleme duruşmalı olarak gerçekleştirilir. Buna karşın Arabuluculuk Kanunu m.18/4 ve Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m.21/6; kanun koyucunun icra edilebilirlik şerhi alınma zorunluluğu öngördüğü durumlar dışında tarafların, avukatlarının ve arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin ilam vasfında kabulünde bu şerhin mevcudiyetini aramamıştır. Türk Medeni Kanunu'nun "*Boşanmada yargılama usulü*" başlığını taşıyan 184. maddesinde (f.1,b.5), boşanmanın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşmaların geçerliliğinin hâkimin onayına bağlanmış olduğu düzenlenmişse de çalışmamızın konusu, iştirak nafakasının anlaşmalı boşanma dâvasından sonra istenmesine ilişkindir. Boşanma dolayısıyla ancak boşanma dâvasından sonra açılan dâvalar açısından Türk Medeni Kanunu m.184'ün uygulanmayacağı görüşüne<sup>90</sup> istinaden Aile Hukuku arabuluculuğu konusunda düzenleme yapılması,<sup>91</sup> tereddütlü noktaların netleşmesi açısından fayda sağlayacaktır. İştirak nafakasının arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde çıkarımda bulunmak mevcut düzenlemelerin bir kısmı ile örtüşmemekte bir kısmını ise işlevsiz hâle getirmektedir. Örneğin Arabuluculuk Kanunu m.18/5, "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*" düzenlemesi, iştirak nafakasının kamu düzeninden olma mahiyetiyle çelişmektedir.

2 Mart 2021 tarihinde açıklanan insan hakları eylem planında boşanma sürecinde çocukların örselenmelerini önlemeye yönelik tedbirler öngörüldüğü görülmektedir. Plan'da uluslararası sözleşmelerin dikkate alınacağı, aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk sisteminin mahkeme temelinde oluşturulacağı ifade edilmiştir.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Alper Uyumaz/Kemal Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 17, S. 1, s. 119-169, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/753664> (Erişim Tarihi: 20.03.2021), s. 152, dn. 97.

<sup>91</sup> Özlem Acar Ünal, "Benimle Boşanır Mısınız?: Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği", A. Yeşilirmak, Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, G. A. Yakacak ve Ö. F. Kafalı (Ed.): Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri Tam Metin Kitabı 14 Kasım 2020, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, s. 285-307, <https://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1545/Acar%2C%20Ö.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 14.01.2022), s. 303. İştirak nafakasının arabuluculuk kapsamına girebilmesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır: Bkz.: Çalışkan, s. 75.

<sup>92</sup> T.C. Adalet Bakanlığı, Hedef 3.5 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Etkinliğinin Artırılması ve Yaygınlaştırılması, Faaliyet (i), İnsan Hakları Eylem Planı, Mart 2021, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf> (Erişim Tarihi: 19.03.2021), s. 47.

## SONUÇ

İştirak nafakası, velâyetin fiilî olarak kullanılmasına bağlıdır. Bu nafakaya ilişkin olarak hâkim, çocuğun gereksinimlerini dikkate alır; mümkünse çocuğu da dinler ve taleple bağlı olmaksızın kararını verir. Hâkim, çocuğu ana babasına karşı da korur. İştirak nafakasına hükmedilmesi için boşanma dâvasının açıldığı tarihte ya da dâva devam ederken çocuğun ergin olmaması gerekir. Çocuğun ergin olma tarihinde kural olarak iştirak nafakası kendiliğinden son bulur. Çocuk ergin olmasından sonra da bakılmaya muhtaçsa, örneğin örgün eğitime devam ediyorsa, istemde bulunduğu takdirde *yardım nafakası*na hükmedilebilecektir.

Ana babanın, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini nasıl paylaşacaklarına dair belirlemede bulunulurken, ihtiyaç kalemlerinin paylaşımı şeklinde değil, uygulanmasında sorun çıkmaması adına parasal olarak yapılmasında fayda vardır. Belirlenen oran, nafaka yükümlüsünün fakirleşmesine, karşı tarafın ise zenginleşmesine sebebiyet verecek kadar yüksekse Türk Medeni Kanunu m.4 gereği hâkim takdir yetkisini hakkaniyete uygun olarak kullanmalıdır. Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda hâkimin takdiri, yıllık artışın ÜFE-TEFE'ye göre belirlenmesi yönünde olmuştur.

Anlaşmalı boşanma; eşlerin, boşanmanın finansal neticeleri ile çocukların durumu konularında mutabık kalmaları ya da aralarındaki bu anlaşmayı hâkimin değiştirmesi durumunda değişikliği uygun bulmaları koşuluyla en az bir yıl sürmüş olan evliliklerini mahkeme kararı ile sona erdirmeleridir. Anlaşmalı boşanmak üzere mahkemeye başvuran taraflar, iştirak nafakası ile ilgili bir anlaşma yapmamışlarsa hâkim uygun bir miktar nafaka takdir etmelidir. Velâyet hakkı kendisine verilen taraf, çocuğu için nafaka istemediğini "açıkça" ifade etmişse nafakaya hükmedilmeyebilecektir. Ancak, tarafların iradelerini hâkim huzurunda iştirak nafakası takdir edilmemesi yönünde açıklamaları durumunda dahi boşanmaya ilişkin kararın kesinleşmesinin ardından, çocuğun velâyeti kendisine bırakılan tarafça, sonradan iştirak nafakası isteminde bulunulması mümkündür. Uygulamada, normal şartlarda iştirak nafakası için istemde bulunulan miktardan daha fazlasına hükmedilmemektedir. Tarafımızca da; normal koşullarda, istenen miktardan fazlasına hükmedilmemesi gerektiği ancak hâkimin, istenen miktarın çocuğun menfaati için yeterli olmadığı kanaatine varması durumunda fazlasına hükmedebileceği düşünülmektedir.

Küçüğe fiilen bakmakta olan ana ya da baba, diğer ebeveyne karşı çocuk adına nafaka dâvası açabilecektir. Küçük, ayırtım gücüne sahip değilse atanacak kayyım veya vasi; sahipse bizzat kendisi anılan dâvayı açabilir (Türk Medeni Kanunu m.329).



İştirak nafakası, boşanma dâvası kapsamında, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten; boşanma dâvası dışında, sonradan istemde bulunulması durumunda ise dâvanın açıldığı tarihten itibaren başlar.

İştirak nafakasının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Arabuluculuk Kanunu m.18/3'e ve Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m.21/5'e göre, arabuluculuğa uygun olan Aile Hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda anlaşma sağlanmışsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesine dair inceleme duruşmalı olarak gerçekleştirilir. Buna karşın Arabuluculuk Kanunu m.18/4 ve Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m.21/6; kanun koyucunun icra edilebilirlik şerhi alınma zorunluluğu öngördüğü durumlar dışında tarafların, avukatlarının ve arabulucunun beraber imzaladıkları anlaşma belgesinin ilam vafında kabulünde bu şerhin mevcudiyetini aramamıştır. Türk Medeni Kanunu'nun "*Boşanmada yargılama usulü*" başlığını taşıyan 184. maddesinde (f.1,b.5), boşanmanın fer'i neticeleri ile ilgili anlaşmaların geçerliliğinin hâkimin onayına bağlanmış olduğu düzenlenmişse de çalışmamızın konusu, iştirak nafakasının anlaşmalı boşanma dâvasından sonra istenmesine ilişkindir. Boşanma dolayısıyla ancak boşanma dâvasından sonra açılan dâvalar açısından Türk Medeni Kanunu m.184'ün uygulanmayacağı görüşüne istinaden Aile Hukuku arabuluculuğuna ilişkin düzenleme yapılması, tereddütlü hususların netleşmesi açısından fayda sağlayacaktır. İştirak nafakasının arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde çıkarımda bulunmak mevcut düzenlemelerin bir kısmı ile örtüşmemekte bir kısmını ise işlevsiz hâle getirmektedir.

## KAYNAKÇA

- Acar Ünal, “Özlem, Benimle Boşanır Mısın?!: Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği”, A. Yeşilirmak, Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, G. A. Yakacak ve Ö. F. Kafalı (Ed.): Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri Tam Metin Kitabı 14 Kasım 2020, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, <https://openaccess.ihs.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1545/Acar%2C%20Ö.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 21. B, C. 2, İstanbul 2019.
- Akıntürk, Turgut, “Boşanmanın Hukukî Sonuçları”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C. II, s. 175-204, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/385.pdf>.
- Aras, Bahattin, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası Emel, Medenî Usul Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2022.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, B. 5, Ankara 2022.
- Basım, Aybüke, “Anlaşmalı Boşanma Bir Çekişmesiz Yargı İşidir?”, Adalet Dergisi, Y. 2022, S. 69, s. 513-554, <https://pdf.trdizin.gov.tr>.
- Berki, Şakir, Medenî Hukuk: Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961.
- Bozdağ, Gonca Gülfem, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. XX, S. 1, s. 101-136, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789007>.
- Budak, Ali Cem, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 108, 1. B., s. 128-187, Ankara 2006, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mu-2005-327.pdf>.
- Ceylan, Ebru, “İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2017, S. 133, s. 299-324, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1702>.
- Çalışkan, Mustafa, “Anlaşmalı Boşanmada Arabuluculuk”, Arabuluculuk Yıllığı 2020 (Editörler: Begüm Kocamaz-Baybüke Kurtuluş), s. 57-81, Ankara 2020.
- Çetiner, Selma, “Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 25-46, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/2-SELMA-CETINER.pdf>.
- Dedağaç, Ender, “Avukatlıkta Arabuluculuk”, Hukuk Merceği 12: Konferanslar ve Paneller 25 Nisan 2008 - 24 Temmuz 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/hm12.pdf>, <https://ankarabarusu.org.tr/serve/file/6b95a8ba-80d8-11eb-9d0c-10050145887d/hm12.pdf>.

- Doğan, İzzet, “Anlaşmalı Boşanma”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2007, C. 81,-S. 5, s. 1933-1943, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20075.pdf>.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 11. B., İstanbul 2016.
- Erdem, Mehmet/Makaracı Başak, Aslı, Aile Hukuku, 2. B, Ankara 2024.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. B, İstanbul 1986.
- Gençcan, Ömer Uğur, “HMK Sonrasında Velâyetin Değiştirilmesi Davalarında Yargıtay Uygulaması”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2015, s. 143-180, <http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/2015-1.pdf>.
- Gençcan, Ömer Uğur, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi Cumartesi Forumları: Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları, 1. B., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s. 15-34, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Kitaplar/doc/cmtfrmrejim.pdf> (Aile Mahkemeleri).
- Gençcan, Ömer Uğur, “Anlaşmalı Boşanma Davalarında “Anlaşma” Aldatmacası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2012, Y. 24, S. 99, s. 303-310, [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2012-99-1163.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1163.pdf).
- Gençcan, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara 2011.
- Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010. (Tazminat ve Nafaka).
- Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 10. B, Ankara 2021.
- Gülel, İlhan, “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2, C. 1, S. 5 (20 Nisan 2011), s. 585-644, <https://pdf.trdizin.gov.tr>.
- Gürsoy, Kemal Tahir, “Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C. 2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 127-163, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/10324/ellinci%20y%C4%B1%20arma%C4%9Fan%C4%B1%202.cilt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları 06-09 HAZİRAN 2013 - İSTANBUL, s. 1-8, <http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ozel-hukuk/7-aile-hukuku/2.pdf>.
- Hamzaçebi, Mehmet, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri ve Değeri)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 10, S. 3-4, s. 23-48.
- Hamzaçebi, Mehmet, “Boşanma Öncesi ve Sonrasında Nafaka”, Yargıtay Dergisi Temmuz 2000, s. 359-391, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/temmuz2000.pdf>.

- Kaleli, Şakir, Nafaka Davaları, Yargıtay Dergisi Ocak Nisan 1978, s. 115-131, [www.yargitaydergisi.gov.tr/journalContent/12](http://www.yargitaydergisi.gov.tr/journalContent/12).
- Kamacı, Mahmut, "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye'nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri", Yargıtay Dergisi Ekim 1998, s. 508-539.
- Karakaya, Ramazan, Aile Mahkemelerinde Güncel Sorunlar, Hukuk Merceği 12: Konferanslar ve Paneller 25 Nisan 2008 - 24 Temmuz 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, <https://ankarabarusu.org.tr/serve/file/6b95a8ba-80d8-11eb-9d0c-10050145887d/hm12.pdf>.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 6. B., Ankara 2022.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. B., İstanbul 1989.
- Köseoğlu, Bilâl/Kocaağa, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, 1. B., Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 163, Ankara 2009, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ah-2009-203.pdf>.
- Özbek, Mustafa, "Avukatlıkta Arabuluculuk", Hukuk Merceği 12: Konferanslar ve Paneller 25 Nisan 2008 - 24 Temmuz 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/hm12.pdf>, <https://ankarabarusu.org.tr/serve/file/6b95a8ba-80d8-11eb-9d0c-10050145887d/hm12.pdf>.
- Özdemir, Nevzat, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/37849.pdf>, İstanbul 2003.
- Özdoğan, Ayça, Boşanmanın Yanı Sonuçlarına Bağlı Taleplerde Arabuluculuk, Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, [https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210317Aile\\_ve\\_Miras.pdf](https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210317Aile_ve_Miras.pdf), Ankara 2020.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. B., Ankara 2015.
- Öztan, Bilge, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 39. B., Ankara 2014.
- Özguşur, Ali İhsan, Nafaka Hukuku, 5. B., Ankara 2014.
- Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. B., İstanbul 2021.
- Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, Nafaka Hukuku, 4. B., Ankara 2021.
- Seçer, Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 7, S. 2, s. 259-286, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/417812>.
- Sırma, Özgecan, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, 1. B., İstanbul 2022.
- Sonat, K. Ali, "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, s. 235-291, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/793377>.

- Şimşek, Mustafa, Soybağı: Tanıma ve Babalık, Evlat Edinme, Velayet, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü Etkinliği: Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması (6-7 Mart 2003), s. 130-177, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2003, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ymy-2003-404.pdf>.
- T.C. Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Eylem Planı, Mart 2021, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>.
- Tekin, Helin Neval, Anlaşmalı Boşanma, 1. B., Ankara 2019.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. B., İstanbul 1990.
- Tutumlu, Mehmet Akif, Boşanma Yargılaması Hukuku, 2. B., C. II, Ankara 2009.
- Türkmen, Ahmet, "Eğitim Nafakası (TMK m.328/II)", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2013, C. 8, S. Özel, s. 2707-2764, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179498>.
- Uyar, Talih, Yargıtay HGK., E. 2013/3-386, K. 2013/306, T. 06.03.2013 Sayılı Karar, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2013, C. 87, S. 6, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=414&desc=Cilt:87-Say%C4%B1:2013/6>.
- Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 17, S. 1, s. 119-169, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/753664>.
- Yavuz, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Nafaka, Nişan ve Eşlerin Katkı Payı ile İlgili Davalar, Ankara 2008.
- Yıldırım, Kamil, "Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 108, 1. B., s. 18-48, Ankara 2006, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ımu-2005-327.pdf>.
- Zevkliler Aydın/Acabey M. Beşir/Gökyayla K. Emre, Zevkliler Medeni Hukuk: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 5. B, Ankara 1997.

### **Elektronik Kaynaklar**

- <https://adb.adalet.gov.tr>.
- <http://www.ankarabarusu.org.tr>.
- <https://dergipark.org.tr>.
- <https://dspace.ankara.edu.tr>.
- <https://hukuk.deu.edu.tr>.
- <http://hmt.hsyk.gov.tr>.
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr>.
- <http://www.izmirbarosu.org.tr>.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr> ("Yargıtay - Karar Arama").
- <https://kazanci.com.tr> ("Kazancı").
- <http://kitaplar.ankara.edu.tr>.

<http://nek.istanbul.edu.tr>.

<https://openaccess.ihs.edu.tr>.

<https://pdf.trdizin.gov.tr/>.

<http://portal.ubap.org.tr>.

<https://rayp.adalet.gov.tr>.

<http://www.resmigazete.gov.tr>.

<http://www.taa.gov.tr>.

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr>.

<https://www.tbmm.gov.tr>.

<http://www.yargitay.gov.tr/>.

<http://www.yargitaydergisi.gov.tr>.

# İş Kanunu'nun İşyeri Devrine İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanına Giren ve Girmeyen Hukuki Durumlar<sup>(\*)</sup>

## The Legal Situations that Fall within and Outside the Scope of the Provisions of the Labor Code Regarding the Transfer of Workplace

Arş. Gör. Özgür SEVİM<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

İş hukukunun temelinde "işçi" kavramı yer alır. Bu bakımdan, iş hukuku açısından bir yerin/organizasyonun işyeri olarak nitelendirilebilmesi ancak orada iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştırılmasıyla mümkündür. Nitekim, işyerinin İş Kanunu'nda yapılan tanımında da işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlenmesinden bahsedilmiştir. Bu bağlamda, iş hukuku tabiatıyla işyeri devrinin sebeplerinden ziyade, işyeri devrinin iş ilişkileri bakımından hukuki sonuçları ile ilgilenir. Ancak, işyeri devrinin iş ilişkileri bakımından sonuçlarının belirlenebilmesi için öncelikle bu devrin iş ilişkilerini düzenleyen kanunların uygulama alanına dahil olup olmadığının tespiti gerekir. Bu çalışmada, çeşitli hukuki durumlardan kaynaklanan işveren değişikliklerinin, 4857 s. İş Kanunu'nun uygulanması bakımından işyeri devri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği incelenecektir. Bu anlamda çalışmamız, İş Kanunu'nun 6. maddesinin uygulama alanına giren ve girmeyen hukuki durumların tespitine yönelik incelemelerden ibarettir.

### Anahtar Kelimeler:

İşyeri Devri, İşverenin Değişmesi, Hukuki İşlem.

### Abstract:

In labor law, the central concept is the "employee". A location or organization, can only be deemed a workplace if it employs individuals. Under Labor Code 4857, a workplace is defined as a setting where tangible and intangible elements are jointly organized by both the employer and the employees to facilitate the production of goods or services. Within this framework, employment law does not concern itself with the motives behind transfer of workplace; instead, it focuses on the legal repercussions of such transitions concerning employment relations. However, in order to determine the consequences of the transfer of workplace in terms of employment relations, it is

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 06.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 29.05.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi;

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: ozgursevim@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-6418-8901>.

necessary to first ascertain whether this transfer of workplace falls within the scope of application of the regulations. This study endeavors to explore whether changes in employers resulting from various legal circumstances can be categorized as a transfer of workplace for the purpose of applying the Labor Code. Our examination consists of determining the scope of application of Article 6 of the Labor Code.

**Keywords:**

Transfer of Workplace, Change of Employer, Legal Transaction.

## GİRİŞ

İş hukukunun öznesi işçidir. Bu durumun tabiatı gereği, bir kişinin işveren sıfatına sahip olması, iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştırmasına bağlıdır. İşçi çalıştırması kaydıyla, işverenin iktisadi bir amaç güdüp gütmmediği de iş hukuku açısından önemsizdir. Benzer şekilde, işveren tarafından maddi olan ve olmayan unsurla işçinin birlikte örgütlendiği bir organizasyonun muhafaza edilmesi kaydıyla işverenin çeşitli şekilde değişmesi durumunda, bu değişimin hangi hukuki durumdan kaynaklandığı da iş hukukunun çalışma alanına girmez. Bu anlamda, işverene ait iş organizasyonunun bütünlüğünü koruyarak çeşitli şekilde bir başkasına devri mümkündür. İş hukuku bu devrin hukuki niteliğiyle değil, devirden sonra ortaya çıkan hukuki durumla ilgilenir. Örneğin, uygulamada en sık görülen halleriyle, işyerinin tamamının satılması veya kiralanması; işverenin ölümü halinde organizasyonel birlikteliğin (ekonomik bütünlüğün) mirasçılar tarafından sürdürülmesi, işverenin iflası, işyerinin devletleştirilmesi veya özelleştirilmesi gibi sebepler ile işverenin değişmesi mümkündür. Sayılan örneklerde de açıkça ortaya konulduğu üzere, işverenin değişmesi sebepleri, borçlar hukuku, miras hukuku, icra iflas hukuku, ticaret hukuku ve kamu hukukundan kaynaklanan sebeplerle ortaya çıkabilir.

İş Kanunu açısından işyeri devrine ilişkin temel düzenlemeye yer verilen Kanunun 6. maddesi her ne kadar “*işyerinin veya bir bölümünün devri*” başlığını taşısa da anılan hüküm, içerik itibariyle işyeri devrinin sebepleriyle değil, işyeri devrinin iş ilişkilerine etkisiyle ilgilidir. Kanunun uygulama alanı açısından bakıldığında, işyeri devri için belirtilen temel kriter, işyerinin bir hukuki işleme dayalı olarak devredilmesidir. Bu bakımdan, İş Kanunu, hukuki işleme dayalı olmayan devirleri kapsamı dışında bırakmıştır. İş Kanunu’nda “*hukuki işleme dayanma*” kriteriyle yetinildiğinden, işyeri devrine ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu’nun “*Malvarlığının veya işletmenin devralınması*” başlıklı 202. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. İş Kanunu’nun 6. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu’nun 202. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, işyeri devri, işyerinin veya bir bölümünün işveren tarafından, hukuki işleme dayalı olarak aktif ve pasifleriyle bir başka kişiye devredilmesi şeklinde tanımlanabilir.



Bu çalışmada, işveren değişikliği meydana getiren çeşitli hukuki durumların, İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenecektir. Bir başka deyişle, Kanunda yer alan hükümlerin uygulama alanının sınırlarına ilişkin değerlendirmede bulunulacaktır. Bu anlamda, işyeri devrinin iş ilişkilerine etkisi ile devrin hüküm ve sonuçları çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

## I. İŞ KANUNU ANLAMINDA İŞYERİ DEVRİNİN UNSURLARI

### A. Devre Konu Birim: İşyeri ve/ya İşyeri Bölümü

#### 1. İşyeri Kavramı

Türk İş Hukuku açısından bakıldığında işyeri kavramının tanımında birlik olduğundan bahsedilemez. İş Kanunu'nda<sup>1</sup> (İK) işyeri, "*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*" (İK m.2/1) olarak tanımlanmış;<sup>2</sup> işyerinin bağlı yerler, eklentiler, araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu belirtilmiştir (İK m.2/2).<sup>3</sup> Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu)<sup>4</sup> ve Deniz İş Kanunu'nda (DİK)<sup>5</sup> ise işyeri, kanunun uygulama alanının sınırlarını belirler şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten de Basın İş Kanunu'nda, Kanunun şümülüne girecek mahiyetteki müessesenin bildirim yükümlülüğünden bahsedilmekle yetinilmiştir (BİK m.3). Bu bakımdan Basın İş Kanunu bağlamında, Kanunun

<sup>1</sup> RG. 10/6/2003, 25134.

<sup>2</sup> İşyeri, 1475 s. İş Kanununda (RG. 1/9/1971, 13943) "İşin yapıldığı yere işyeri denir." şeklinde tanımlanmıştı. Bakınız, AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001, s.41; ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986, s.152 vd.; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Cilt 1 Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s.58; ESENER, Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s.98, 99; GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve Hizmet Aktilerine Etkisi, İstanbul 1987, s.74; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk İş Hukuku Cilt 1, 2. Bası, İstanbul 1975, s.162.

<sup>3</sup> Benzer yönde düzenlemelerin yer aldığı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda (İSGK) (RG. 30/6/2012, 28339) işyeri, "*Mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile çalışanın birlikte örgütlendiği, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçları da içeren organizasyon*" olarak ifa edilmiştir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) (RG. 16/6/2006, 26200) anlamında işyeri, "*sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerler*" olarak tanımlanmış (SSGSSK m.11/1), "*İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar*" işyerinden sayılmıştır (SSGSSK m.11/2).

<sup>4</sup> RG. 20/6/1952, 8140.

<sup>5</sup> RG. 29/4/1967, 12586.

uygulama alanına giren ve gazetecilerin çalıştığı, Türkiye’de yayınlanan gazete, mevkute (sürelî yayın), haber ve fotoğraf ajansları işyeri olarak kabul edilir.<sup>6</sup> Benzer bir düzenlemenin yer aldığı Deniz İş Kanunu’nda da Kanunun “denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde” uygulanacağı belirtilmiş, (DİK m.1/1) sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanların da gemi sayılacağı ifade edilmiştir (DİK m.1/3). Bu bağlamda Deniz İş Kanunu’nun uygulanması bakımından işyerinin “gemi” olduğu ifade edilebilir.<sup>7</sup>

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda<sup>8</sup> (STİSK) ise ayrı bir işyeri tanımına yer verilmemiş bu hususta İş Kanunu’na atıf yapılmakla yetinilmiştir (STİSK m.2/3). Türk Borçlar Kanunu’nda<sup>9</sup> (TBK) mülga Kanun uygulamasından farklı olarak “müessese” ve “teşebbüs” kavramları yerine “işyeri” kavramına yer verilmiş ancak işyerinin tanımı yapılmamıştır.

İşyeri, mal veya hizmet üretimi amacıyla örgütlenmiş birimdir (İK m.2/1).<sup>10</sup> İşverenin organizasyonun amacını oluşturan mal ve hizmet üretimi, o işyerinin teknik amacını ifade eder.<sup>11</sup> Hukukun diğer dallarından farklı olarak, İş hukukunda işyerinin teknik amacının kâr elde etme ve kârı paylaşmaya dayanması gerekmez.<sup>12</sup> Mal veya hizmet üretimi amacı, tek başına işyerinin teknik amacını ifade eder.<sup>13</sup>

İş Kanunu uyarınca, mal veya hizmet üretimi amacıyla örgütlenen birim ile nitelik ve yönetim yönünden işyerine bağlı yerler, teknik amaçla doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte genel nitelik itibarıyla işçilerin sosyal refahlarına hizmet eden eklentiler ve araçlar bir bütündür (İK m.2/3). Teknik amacın izlendiği yer, bağlı yerler, eklentiler ve araçların bir bütün (tek bir işyeri) olarak kabulü, öğretide teklik ilkesi bağlamında değerlendirilmektedir.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme - Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul 2007, s.11; GÜZEL, s.73.

<sup>7</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.11.

<sup>8</sup> RG. 7/11/2012, 28460.

<sup>9</sup> RG. 4/2/2011, 27836.

<sup>10</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.23; GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukukunun Esasları, Ankara 2023, s.89.

<sup>11</sup> Bakınız, EKONOMİ, Münir, “İşyerinin Kapatılması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.415; KAPLAN SENYEN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 13. Bası, Ankara 2023, s.107.

<sup>12</sup> AYDINLI, s.44; GÜZEL, s.81; EKONOMİ, İş Hukuku, s.59; KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi Cilt 1, 2. Bası İstanbul 2008, s.56; ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s.10.

<sup>13</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.23, 24.

<sup>14</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.249; ÇENBERCİ, s.154; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.58; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.25; ESENER, s.101; GÜZEL, s.75.

İşyeri, işverenin, mal ve hizmet üretimi amacıyla, maddi olan ve maddi olmayan unsurları devamlılık arz eden bir organizasyon halinde örgütlemesi sonucu meydana gelir.<sup>15</sup> Bu bakımdan işyerinin varlığı salt bu unsurların bir arada bulunmasına değil, unsurların süreklilik arz eden bir organizasyon meydana getirilmesine bağlıdır.<sup>16</sup>

## 2. İşyeri Bölümü Kavramı

### a. Genel Olarak

İşyeri bölümü, işyerinde yürütülen faaliyetlerin bir kısmının organizasyonel bir biçimde sürdürüldüğü birim olarak tanımlanabilir. Öğretide, işyeri bölümünün kısmi bir tek amaca sahip olduğu ve bu işlevini ayrıldığı işyerinden bağımsız şekilde sürdürebilen bir organizasyon birimi olduğu ifade edilmektedir.<sup>17</sup> Bu bağlamda, işyeri bölümü, işyeri organizasyonunun bir parçası olduğu kadar, kendi içerisinde de ayrı bir bütünlüğe sahiptir.<sup>18</sup> İşyeri bölümünde, işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümü sürdürülebileceği gibi yardımcı işler de yapılabilir.<sup>19</sup>

İşyeri bölümü kavramına, işyerinin bir bölümünün devri (kısmi devir<sup>20</sup>) bağlamında bakıldığında; önem arz eden husus, devre konu işyeri bölümünde devirden önce yürütülen faaliyetlerin devam edip etmediğidir.<sup>21</sup> İşyeri bölümü teşkil

<sup>15</sup> AYDINLI, s.43; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.24, EKONOMİ, İş Hukuku, s.59; ERTÜK, Şükran, İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku, Ankara 2022; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.57; GÜZEL, s.81, 82. ŞAKAR, Müjdat, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 6. Bası, Ankara 2011, s.55; TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, İstanbul 2018, s.64; GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 15, Özel Sayı, s.157; ayrıca bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.397 vd.; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2021, s.197.

<sup>16</sup> GÜZEL, s.80; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.10; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul 2021, s.149.

<sup>17</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2022, s.233; AKI, Erol, "İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 29, s.7; AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 2. Bası, Ankara 2016, s.309; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.241; EKONOMİ, Kısmi Devri, s.340; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.17; SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara 2011, s.41; DULAY, Dilek, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri", İSGHD, C: 8, S: 32, s.1376; GÜZEL/UGAN ÇATALKAYA, s.158.

<sup>18</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.241.

<sup>19</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.233; CENTEL, Tankut, "İş yerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.9, s.6; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.241; EKONOMİ, Kısmi Devri, s.341; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.17; UZUN, Pınar, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Sonuçları ve Diğer Üçlü İş İlişkileriyle Karşılaştırılması", EÜHF, C. XVII, S.1-2, s.287.

<sup>20</sup> GÜZEL, s.90.

<sup>21</sup> EKONOMİ, Kısmi Devir, s.341. Bakınız, ULUCAN, Devrim, "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeniyle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.75.

eden bir kısım maddi veya maddi olmayan unsurların, devralanın kendi organizasyonu dahilinde yeniden örgütlenmesi halinde, işyeri bölümünün devrinden bahsedilemez.<sup>22</sup> Buna karşın, işyeri bölümünde sürdürülen faaliyetlerin, işyerinin tamamının teknik amacı olarak belirlenmesi mümkündür.<sup>23</sup> Burada önemle belirtmemiz gerekir ki, işyeri bölümü devrinden bahsedilebilmesi, devre konu birimin organizasyonel yapısını muhafaza etmesine dairdir. İşyerinin bir bölümünün devredilmesi halinde, devredilmeyen kısımlarda faaliyetlerin sekteye uğraması yahut faaliyetlerin sona ermesi önemli değildir.<sup>24</sup>

### **b. İşyerinden Sayılan Yerlerin Devir Bakımından İşyeri Bölümü Teşkil Edip Edemeyeceği Sorunu**

#### *aa. Bağlı Yerler*

İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler işyerine bağlı olarak ifade edilir (İK m.2/2). Ancak, işveren tarafından mal veya hizmet üretiminin birden fazla birimde sürdürülmesi halinde, bu yerlerin ayrı birer işyeri mi yoksa, birinin, diğerinin bağlı yeri olarak mı değerlendirileceğinin tespiti gerekir. Bu tespit yapılırken, fiziken ayrı birimler olarak değerlendirilebilen yerlerin, nitelik yönünden işyerinde üretilen mal veya hizmete bağlı olup olmadığı ile bu yerler arasında yönetimde birlik bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki bir yerin bağlı yer olarak değerlendirilebilmesi için bu yerin aynı işveren tarafından örgütlenmiş olması gerekir.<sup>25</sup> Bu bakımdan, bağlı yer işyerine hukuken de bağlı olmalıdır.<sup>26</sup> Anılan sebeplerdir ki, aynı veya benzer teknik amacı izleyen birimler, aynı işverene ait olmadıkça bu yerlerden birinin diğerinin bağlı yeri olduğu söylenemez.<sup>27</sup>

İşyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlı bulunma ifadesi, bağlı yerin işyeri ile amaçta birliği veya aynı amaca yönelmesi olarak ifade edilebilir.<sup>28</sup> Bu anlamda, bir birimin bağlı yer olarak nitelendirilebilmesi, işyerinde izlenen teknik amaç doğrultusunda faaliyette bulunmasına bağlıdır.<sup>29</sup> Birimde

<sup>22</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.242; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.18; ÇANKAYA, Osman Güven / ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Bası, Ankara, 2011, s.466. Ayrıca bakınız, GÜZEL, s.92.

<sup>23</sup> EKONOMİ, Kısmi Devir, s.343; GÜZEL, s.91; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.18.

<sup>24</sup> AKYİĞİT, s.125; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.242; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.17.

<sup>25</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.26; EKONOMİ, İş Hukuku, s.60; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.11, 12.

<sup>26</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.198.

<sup>27</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.26; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.12.

<sup>28</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.198; ERTÜRK, s.82; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.12.

<sup>29</sup> EKONOMİ, İş Hukuku, s.60; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.59.

asil işin bir parçasının veya yardımcı işlerin görülmesi, birimin bağlı yer olarak nitelendirilmesi bakımından önemli değildir.<sup>30</sup> Birimlerde farklı bir tek amaç izleniyor ise işyerine bağlı yerden değil iki farklı işyerinden bahsedilmesi gerekir.<sup>31</sup> Birimlerde izlenen mal veya hizmet üretimi faaliyetlerinden birine ara verilmesi veya faaliyetlerden birinin sona erdirilmesi, diğer birimin mal veya hizmet üretimini aksatıyor veya teknik amacın gerçekleşmesini engelliyor ise bu birimler arasında amaçta birlik olduğundan söz edilebilir.<sup>32</sup> Bu birimler arasında ayrıca iktisadi bir birlik<sup>33</sup> olması aranmaz.<sup>34</sup>

Aynı işverene ait ve aynı teknik amacı izleyen birimlerden birinin diğerinin bağlı yeri olarak nitelendirilebilmesi için bu yerler arasında işin yürütümü bakımından da birlik olması gerekir.<sup>35</sup> Bu bağlamda, muhasebe kayıtlarının ve personel işlemlerinin merkezden yürütülmesi gibi durumlar, yönetimde birliğin göstergesi olabilir.<sup>36</sup> Yönetimde birlik ilkesi uyarınca, farklı birimlerde üretilen mal veya hizmetlerin, tek bir merkezden yönetilebilecek bir nitelikte olması gerekir.<sup>37</sup> Dolayısıyla, bu birimler arasında yönetsel bir bağımsızlık bulunmamalıdır.<sup>38</sup>

Yönetimde birlik kavramı, öğretide isabetle birimlerde aynı yönetim ilkesinin uygulanması şeklinde değil yönetsel olarak tek bir örgütlenmenin varlığı şeklinde ifade edilmektedir.<sup>39</sup> Bu bağlamda, aynı veya benzer teknik amaçların izlendiği birimler, aynı yönetim ilkeleri ile yönetilmekle birlikte, birbirinden bağımsız olarak örgütlenmiş iseler artık burada iki farklı işyerinden bahsedilmesi gerekir.

Bir birimin bağlı yer mi yoksa bağımsız bir işyeri mi olduğunun tespitinde coğrafi yakınlık ölçütünün aranması kural olarak gerekmez.<sup>40</sup> Bununla birlikte, birimler arasındaki coğrafi uzaklık, birimlerin aynı yönetim altında örgütlenmesini engelliyor ise artık bu birimlerin bağımsız birer işyeri olarak kabulü uygun düşer.<sup>41</sup>

<sup>30</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.59.

<sup>31</sup> ÇENBERCİ, s.157; GÜZEL, s.76.

<sup>32</sup> KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, s.108; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.12.

<sup>33</sup> Amaçta birlik kavramı açıklanırken iktisadi birlik kavramı üzerinde durulan görüşler için Bakınız, AYDINLI, s.50; ÇENBERCİ, s.156; ESENER, s.102; GÜZEL, s.76.; SAYMEN, H. Ferit, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.183.

<sup>34</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.27.

<sup>35</sup> GÜZEL, s.76.

<sup>36</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.152; BAŞBUĞ, Adnan / YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2018, s.102.

<sup>37</sup> ERTÜRK, s.82; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.13.

<sup>38</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.28.

<sup>39</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.28; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.13.

<sup>40</sup> AKYİĞİT, s.125; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.28.; EKONOMİ, İş Hukuku, s.61; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.13.

<sup>41</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.13.

Bağlı yerde, kısmi teknik amacın izlenmesinin mümkün olması karşısında, bağlı yerin devri, hukuki işlemin niteliği ve bağlı yerin kısmi teknik amaca yönelik organizasyonel bütünlüğünü muhafaza etmesi kaydıyla, devir bakımından işyeri bölümü olarak nitelendirilebilir.

#### *bb. Eklentiler*

İşyerinde görülen teknik amaçla doğrudan bir ilgisi bulunmamakla birlikte, işyerinin etrafını çevreleyen ve genellikle sosyal amaçlı<sup>42</sup> kullanıma özgülenen ve işin görülmesiyle dolaylı da olsa bağlantılı<sup>43</sup> yerler, işyerinin eklentileri olarak değerlendirilir. İş Kanunu'nda sayılan dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu (İK m.2/2) gibi yerler ile bu yerlere benzer nitelik taşıyan yerler (garaj, otopark vb.<sup>44</sup>) eklenti sayılır.<sup>45</sup>

Eklentilerin, kural olarak, işyeriyle aynı coğrafi mekânda bulunması gerekmez.<sup>46</sup> Eklentiler üretim birimlerinin bulunduğu alandan farklı bir alanda da bulunabilir.<sup>47</sup> Bununla birlikte, birden fazla işverenin ortaklaşa kullandığı sağlık birimi, emzirme odası ya da yurt gibi eklentiler ayrı ve bağımsız bir işyeri niteliği taşır.<sup>48</sup>

Eklentiler esasen işyerini meydana getiren unsurlardan değildir. Yalnızca işyeri veya işin görülmesiyle bağlantılı oldukları için işyerinden sayılmışlardır.<sup>49</sup> Bu bakımdan, eklentilerde işçi çalıştırılması da gerekmez.<sup>50</sup> Nitekim, eklentinin niteliği gereği, eklentide hiç iş yapılmamakta veya eklentiye özgü başka bir iş yapılmaktadır.<sup>51</sup> Bu bağlamda, eklentinin kısmi bir teknik amaca yönelik organizasyonel birlik teşkil etmesi de beklenmez. Bununla birlikte, eklentiye özgülenen bir işçi veya işçi grubu varsa ve eklentinin devirden sonra da aynı faaliyete özgülenmesi söz konusu ise eklentinin devre konu bir işyeri bölümü teşkil edebilme-

<sup>42</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.254.

<sup>43</sup> AYDINLI, s.57; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.30.

<sup>44</sup> Örnekler için Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.30; GÜZEL, s.78; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.14.

<sup>45</sup> ÇENBERCİ, s.158; EKONOMİ, İş Hukuku, s.62; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.60; SAYMEN, s.183; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.66.

<sup>46</sup> EKONOMİ, Kapatılması, s.419; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.14.

<sup>47</sup> Niteliğine göre birtakım eklentilerin işyerine belirli bir uzaklıkta bulunması gerekebilir. Örneğin, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik (RG 16.08.2013, 28737) m.13/1 uyarınca, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlama yükümlüdür (m.13/2).

<sup>48</sup> EKONOMİ, Kapatılması, s.450.

<sup>49</sup> TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.169.

<sup>50</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.61.

<sup>51</sup> AKYİĞİT, s.126.

si mümkündür. Bu bakımdan, sağlık biriminin işveren tarafından özgülennmiş iş gücü ile bir başka işverene devredilmesi halinde, işyeri devrine ilişkin hükümler uygulanabilir. Eklentinin salt otopark, pansiyon gibi taşınmazdan ibaret olması halinde ise malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

#### cc. Araçlar

İş Kanunu'nun 2. maddesinde araçların işyerinden sayılacağı düzenlenmiştir. Buradaki araç ifadesinden, teknik amacın gerçekleştirilmesine doğrudan veya dolaylı bir etkisi bulunan tüm sabit ve hareketli araçların anlaşılması gerekir.<sup>52</sup> Aracın, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine katkısı olması kaydıyla,<sup>53</sup> işyerinin coğrafi sınırları içerisinde kalması<sup>54</sup> ve dahi işverenin mülkiyetinde bulunması gerekmez.<sup>55</sup>

Araçların işyeri devri bakımından işyeri bölümü olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise üzerinde durulması gereken bir tartışmadır. İşyeri bölümüne ilişkin genel açıklamalarımızda da yer verildiği üzere, araçların işyeri devri bakımından işyeri bölümü teşkil edebilmesi için işyeri organizasyonuna dahil olan ancak bundan bağımsız olarak da bir (kısmi) teknik amaç üstlenebilecek yapıya sahip olması gerekir. Bu bakımdan salt bir aracın (makinanın) işyeri bölümü olarak nitelendirilmesi güç gözükmemektedir.<sup>56</sup> Bununla birlikte gemi, uçak gibi bünyesinde ayrı bir işgücü istihdam edilen araçların, işyeri organizasyonu içerisinde mekânsal olarak ayrı bir teknik amaç izlenebileceği de göz ardı edilmemelidir.<sup>57</sup> Bu bağlamda, gemi, uçak gibi araçların diğer unsurların da gerçekleşmesi halinde işyeri bölümü olarak kabulü mümkündür. Özellikle, araçların, kendisine özgülenn personel ve müşteri çevresi, iş yükü gibi aracın kısmi teknik amacına yönelen unsurların devredildiği durumda işyeri devrine ilişkin hükümler uygulanabilecektir.<sup>58</sup>

## B. Kapsama İlişkin Temel Kriter: İşyeri veya İşyerinin Bir Bölümünün Hukuki Bir İşleme Dayalı Olarak Başka Birine Devri

İş Kanunu'nun 6. maddesinin kapsamında, yalnızca işyeri veya işyeri bölümünün bir hukuki işleme dayalı devri düzenlenmiş, hukuki işlem dışındaki de-

<sup>52</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.30; GÜZEL, s.78.

<sup>53</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.15.İşin niteliği ve yürütümü ifadesinin (1475 s.K. m.1/1) araçları kapsamadığı yönünde Bakınız, GÜZEL, s.79.

<sup>54</sup> AYDINLI, s.58; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.30, 31; ESENER, s.104; GÜZEL, s.78; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.15; TUNÇOMAĞ, s.170.

<sup>55</sup> AYDINLI, s.58; ÇENBERCİ, s.159; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.30, 31; EKONOMİ, Kapatılması, ESENER, s.105; GÜZEL, s.78; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.15.

<sup>56</sup> Bakınız, CİVAN, Orhan Ersun, "Makineyle Birlikte İşçi Devri", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Ed. Kübra DOĞAN YENİSEY, İstanbul 2019, s.994.

<sup>57</sup> CİVAN, s.994, 995.

<sup>58</sup> Bakınız ve karşılaştırınız, CİVAN, s.995.

virler İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır.<sup>59</sup> Devrin sonuçlarına yönelik olarak ise sermaye şirketlerinin yapısal değişiklikleri ve iflas dolayısıyla malvarlığının devrine ilişkin hukuki işlemlerde maddenin uygulama alanı daraltılmıştır.

Devre ilişkin hükümlerin uygulanmasında, devredenin mutlaka işveren sıfatına sahip olması şarttır. Devralan için ise böyle bir unsur aranmaz.<sup>60</sup>

Devir sonucunu meydana getiren hukuki işlemin kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanması da mümkündür.<sup>61</sup> Bu kapsama, idari ve yargısal kararları da dahil etmek gerekir.<sup>62</sup> İşyeri devrini konu alan hukuki işlem, tek taraflı bir hukuki işlem olabileceği gibi iki taraflı da olabilir. İşlemin ivazlı veya ivazsız olması da devre ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemez.<sup>63</sup> Bu bakımdan, satış, kiralama, intifa, bağışlama, trampa, ürün kirası, hasılat kirası, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ile işyerinin devri halleri İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilir.<sup>64</sup>

Öğretideki görüşe göre, hukuki işlemle devir koşulunu, Kanundan kaynaklanan durumlar dışında kalan ve işverenin değişmesi sonucunu doğuran tüm halleri içerisine alacak şekilde geniş yorumlamak icap eder.<sup>65</sup> Yargıtay da işyeri devrinin yazılı, sözlü ve zımni bir anlaşma yoluyla yapılabileceğini kabul etmektedir.<sup>66</sup>

Devreden ve devralan arasında doğrudan bir hukuki ilişkinin bulunmasının gerekli olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüşe göre, devreden ve

<sup>59</sup> BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.107.

<sup>60</sup> ÇANKAYA/ÇİL, Devir, s.387; URHANOĞLU, İhtar, "İşyeri Devrinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar", SÜHFD, C. 30, S.1, s.129.

<sup>61</sup> AKYİĞİT, s.307.

<sup>62</sup> AKI, s.7.

<sup>63</sup> ÖZKARACA, İşyerinin Devri, s.43.

<sup>64</sup> AKYİĞİT, s.310; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, s.110; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Bası, Ankara 2019, s.87; ÇİÇEK, Mustafa, İşyerinin Devri, 2. Bası, Ankara 2021, s.84, 93; REİSOĞLU, Seza, "İşyerinin Bir Diğer İşverene Devrinin Hizmet Aktilerine Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, Ed. H. Fehim ÜÇİŞİK, Abdullah DİNÇKOL, Nurşen CANIKLIOĞLU, İstanbul 2001, s.1283; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.195.

<sup>65</sup> ÖZKARACA, İşyerinin Devri, s.44; GÜZEL/UGAN ÇATALKAYA, s.170; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.264, 265.

<sup>66</sup> Yargıtay'ın bu husustaki görüşü için bakınız, "4857 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde yazılı olan "hukuki işleme dayalı" ifadesi geniş şekilde değerlendirilmeli, yazılı, sözlü ve hatta zımni bir anlaşma da yeterli görülmelidir." Y9HD, E. 2019/7094 K. 2019/19411 T. 7.11.2019. Aynı yönde, Y9HD, E. 2014/21107 K. 2014/29479 T. 13.10.2014; Y9HD, E. 2014/23021 K. 2014/36630 T. 2.12.2014; Y22HD, E. 2014/24696 K. 2014/33391 T. 26.11.2014 e.a.: kazanci.com.tr, e.t.: 10.12.2023 Yargıtay'ın görüşünü sonuç itibarıyla isabetli bulmakla birlikte "örtülü hukuki işlem" kavramına gerek olmadığı yönünde bakınız, EYRENCİ, Öner, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, 26; Aynı yönde, ÖZKARACA, Ercüment, "İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk Karar İncelemesi", Çalışma ve Toplum, 2009/1, s.140.



devralan işverenler arasında doğrudan bir hukuki işlemin varlığı aranmaz, bu bakımdan işyerinin veya bir bölümünün ekonomik kimliğini koruyarak devri halleri, İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>67</sup> Esasen Yargıtay'ın değişen işverenler yanında çalışmaya devam edilmesi halinde işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki içtihadı bu görüşü destekler niteliktedir.<sup>68</sup>

Hukuki işleme dayalı olarak işverenin değişmesi sonucunu doğuran diğer bir hukuki durum ise iş sözleşmesinin devridir.<sup>69</sup> İş sözleşmesinin devri, İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesinin 1. fıkrasında, "*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu husus, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

## II. İŞ KANUNU'NDA İŞYERİ DEVRİNE İLİŞKİN BENİMSENEN TEMEL İLKE: EKONOMİK BİRLİĞİN KORUNMASI

### A. İlkenin Kaynağı: 2001/23/EC Direktifi

#### 1. Direktifin Türk Hukukuna Etkisi

İş Kanunu'nun gerekçesinde, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki işleme dayalı olarak devrine ilişkin düzenlemenin Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde mevzuatlarının uyumlaştırılması amacıyla yürürlüğe konulan 77/187 sayılı Yönergenin yürürlüğe konulmuş olduğuna ve bununla ilgili olarak 2001/23 sayılı yeni bir Yönerge de çıkarıldığına değinilmiş, İş Kanunu'nun genel hükümleri

<sup>67</sup> DOĞAN YENİSEY, Kübra, "*İşyerinin Devri Bakımından 'İşyeri' Kavramı*", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum, Ed. Ali GÜZEL, Deniz UGAN, İstanbul 2009, s.135, 136; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.96; GÜZEL, s.110, 11; EKONOMİ, Kısmi Devir, s.347, 348.

<sup>68</sup> Yargıtay'ın bu husustaki görüşü için bakınız, "*Dosya içeriğine göre, davalının Ankara Numune Hastanesi işyerinde hizmet alım sözleşmesine göre işçilerini çalıştırdığı, söz konusu ihalenin 31.5.2006 tarihinde sona erdiği, davalının yeni ihaleyi alamadığı, hastane yönetimi ile bu kez Ogtim İnş Tur Medikal Gıda Tem Otom San ve Tic. Ltd. Şti. arasında sözleşme yapıldığı, SSK kayıtları ve tanık anlatımlarına göre de davacının 1.6.2006 tarihinden itibaren ihaleyi alan bu yeni firma nezdinde çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. İşçi ihaleyi kazanan yeni şirketin işverenliğinde çalışmasını sürdürmektedir. Müteahhit değişikliği sadece işyeri devri niteliğindedir, iş sözleşmesinin feshi söz konusu olmadığından, feshe bağlı ihbar-kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarını talep hakkı doğmamıştır. Dairemizin söz konusu isteklerin reddine ilişkin mahkeme kararlarının onanması doğrultusunda E 2007/40325-26, 2008/13357 sayılı ilamları bulunmaktadır. Söz konusu isteklerin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*" Y9HD, E. 2008/14578, K. 2010/295, T. 18.10.2010, kazancı.com.tr, Yargıtayın yerleşik içtihadının isabetli olduğu yönünde bakınız, ÖZKARACA, Sorumluluk, s.139. Aksi yönde bakınız. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.231. Yazarlarla göre bu durum iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmelidir.

<sup>69</sup> Ayrıntılı inceleme için bkz. ÖZTÜRK, Berna, "*Sözleşmenin Devri*", TBB Dergisi, 2016/125, s.276 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş - İçerik - Sona Erme), Ankara 1995, s.63, 64.

arasında işyerinin devrine ilişkin konular eklenirken, Avrupa Birliği müktesebatından başka diğer ülkelerin yararlanılabilecek maddeleri ve özellikle konu ile bağlantısı bulunan Türk toplu iş sözleşmesi sisteminin ilkeleri göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. Çalışmamız anlamında da işyeri veya bir bölümünün devrinin anılan yönergeler bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Teşebbüsün ve İşin veya Bunların Bir Kısımının Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması Hususunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına İlişkin 12 Mart 2001 Tarih ve 2001/23/EC Sayılı Konsey Direktifinde,<sup>70</sup> Direktifin, yasal bir devir veya birleşme sonucu bir işletmenin, bir işin veya bir işletme veya işin bir kısmının bir başka işverene her türden devrine uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (m.1/1-a). Direktifte açıklığa kavuşturulan temel husus ise Direktifin uygulama alanına “*ekonomik birliğin kimliğini koruyacak*” şekilde devirlerin dahil olacağıdır. (m.1/1-b). Ekonomik birliğin kimliğini koruyacak şekilde devrinin somut olaylar bakımından değerlendirilmesinde ise Birlik Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) görüş ve kararları etkili olmuştur.

İş Kanunu'nun 6. maddesinin gerekçesinde de Kanunun hazırlık sürecinde 2001/23/AB sayılı Konsey Direktifinin göz önünde bulundurulduğu dikkate alınarak, çalışmamızda devre konu birimi ifade eden “*ekonomik birlik*” ile “*kimliğin korunması*” kavramları ve bu kavramı konu edinen Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ile Türk Hukuku karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Nitekim bu kriterlerin hukukumuzda da referans noktası teşkil edebileceği belirtilmektedir.<sup>71</sup>

## 2. Ekonomik Birliğin Korunması Kavramı

İşyeri devri, 2001/23/EC sayılı Direktifte, ekonomik bir birliğin kimliğini koruyacak şekilde devri olarak tanımlanmıştır (1/1-b). Buradaki ekonomik birlik, asli veya yardımcı bir ekonomik faaliyeti takip amacıyla bir araya getirilmiş unsurların örgütlenmiş bütünüdür (1/1-b).<sup>72</sup> Salt, işyerinde görülmekte olan faaliyetin devri ekonomik kimliğin korunduğu anlamında gelmez.<sup>73</sup> O halde, işveren değişikliklerinin işyeri devri teşkil edip etmediği sorunu temelinde, devre konu unsurların işyeri organizasyonu içerisindeki etkileri ve bu birimin devriyle, devralan yönünden işyeri organizasyonunun kısmen de olsa kimliğini koruyup korumadığı ile ilgilidir.

<sup>70</sup> Council Directive 2001/23/EC, www.legislation.gov.uk.

<sup>71</sup> GÜZEL/UGAN ÇATALKAYA, s.166; GÜLER, Şerafettin, Mütessesil Sorumluluk İlkesinin İş Kanunu'ndaki Uygulaması, Ankara 2021, s.155; TÜRE, Gökhan, İş Sözleşmesinin Kurulması (İşçinin İşe Alınması), Ankara 2021, s.119, 120; YÜCEL BODUR, Mehtap, “Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı ile Alt İşveren İlişkisi - İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S: 2, s.48; SÜZEK, Sarper, “İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 15, Özel Sayı, s.314.

<sup>72</sup> Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.180; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.183.

<sup>73</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.183.

Bu bağlamda, unsurların devrinin işyeri devri olup olmadığının belirlenmesinde, işletme ve işyerinin türü, maddi unsurların devri, devredilebilir maddi olmayan unsurların devri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, yürütülen faaliyetlerin aynılığı ve benzerliği ile faaliyete ara verilmiş ise faaliyete ara verme süresinin organizasyonun dağılmasına sebep olacak düzeyde uzun olup olmadığı gibi unsurların değerlendirilmesi gerekir. Burada önemle belirtmemiz gerekir ki sayılan ölçütlerin her somut olayda ayrı ayrı aranması gerekli değildir.<sup>74</sup> Nitekim, yürütülen faaliyetlerin niteliğine göre bu kriterlerin bazılarının dikkate alınması gerekmeyeceği gibi bazı kriterlerin daha ağırlıklı olarak dikkate alınması da gerekebilir.<sup>75</sup> Nihayetinde, bu ölçütlerin bir bütün olarak değerlendirilmesiyle suretiyle çözüme ulaşılması gerekir.<sup>76</sup>

## B. Ekonomik Birliğin Korunması Bağlamında Değerlendirilebilecek Kriterler

### 1. İşletme veya İşyerinin Türü

Ekonomik kimliğin korunmasında başvurulabilecek ilk ölçüt, işletme veya işyerinin türüdür. Devre konu unsurların aynı sektörel faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla kullanılmaya devam edilmesi ekonomik kimliğin korunduğuna işaret edebilir.<sup>77</sup> Aynı sektörel faaliyetlerin sürdürülmesinin tespitinde, özellikle hizmet üreten sektörlerde devredilebilir maddi unsurlar, mal üreten sektörlerde ise maddi unsurların devredilip devredilmediğinin araştırılması yol gösterici olabilir.<sup>78</sup> Bu bağlamda, sektörel faaliyet doğrultusunda izlenen teknik amacın önemli bir kısmını oluşturan unsurların devri, diğer şartlarla birlikte değerlendirilerek işyeri devri olarak nitelendirilebilir. Bu bakımdan işletme veya işyerinin türü tek başına ekonomik birliğin korunduğuna delalet etmez.<sup>79</sup> Ancak, işletmenin ve işyerinin türü, ekonomik birliğin korunduğuna işaret eden kriterlerin belirlenmesinde de yol gösterici olabilir.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> SÜZEK, Devir, s.315.

<sup>75</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.184.

<sup>76</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.182.; TÜRE, Kurulması, s.121; ABAD Direktifin amaçları doğrultusunda bir devir olup olmadığını belirlemede belirleyici kriterin, söz konusu varlığın kimliğini koruyup korumadığı olduğunu belirttiği bir kararında (p.19), işletmenin veya faaliyetin türünün, maddi varlıkların (binalar ve taşınabilir mallar gibi) devredilip devredilmediğinin, devir anındaki maddi olmayan varlıkların değerinin, yeni işveren tarafından çoğunlukla çalışanların devralınıp devralınmadığının, müşterilerin devredilip devredilmediğinin, devriden önce ve sonra yürütülen faaliyetler arasındaki benzerlik derecesinin, varsa, bu faaliyetlerin askıya alındığı (faaliyete ara verilen) sürelerin göz önünde bulundurulmasını gerektiğini, ancak, tüm bu koşulların, yapılması gereken genel değerlendirmedeki bireysel faktörler olduğu ve bu nedenle izole edilmiş bir şekilde değerlendirilemeyeceği belirlemiştir. (p.20) ABAD, C-209/91, p.19, curia.europa.eu.

<sup>77</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.182.

<sup>78</sup> Ayrıca bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.183.

<sup>79</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.202.

<sup>80</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.24.

## 2. Maddi Unsurların Devri

İşyerinde mal ve hizmet üretimi amacıyla kullanılan her türlü araç, taşınır ve taşınmaz işyerinin maddi unsurlarını oluşturur. Bu bağlamda, arsa, bina, makine, alet, ofis ve büro araçları ile hammadde işyerinin maddi unsurları arasında sayılabilir.<sup>81</sup>

İşyerinde izlenen teknik amaç, maddi unsurların işyeri organizasyonu için önemini de ortaya koyar. Özellikle fabrika tipi üretim yapılan işyerlerinde, bu üretim sırasında kullanılan makine ve teçhizat işyerinin temel unsurlarını teşkil edebilir. İşgücünün ön planda olduğu sektörlerde ise yerine göre maddi unsurların devredilmemesi ekonomik birliğin korunmadığı anlamına gelmeyebilir.<sup>82</sup>

Avrupa Birliği Adalet Divanı da bir kararında, "*Katering, esasen işgücüne dayalı bir faaliyet olarak değerlendirilemez, çünkü önemli miktarda ekipman gerektirir. Ana dava sürecinde, Komisyon'un işaret ettiği gibi, söz konusu faaliyet için gerekli olan somut varlıklar - yani, yer, su, enerji ve küçük ve büyük ekipmanlar (örneğin yemek hazırlamak için gerekli olan cihazlar ve bulaşık makineleri dahil) - Sodexho tarafından devralınmıştır. Dahası, ana dava sürecindeki durumun belirleyici bir özelliği, öğünleri hastane mutfağında hazırlama ve bu somut varlıkları devralma konusundaki açık ve temel yükümlülüktür. Hastanenin sağladığı, öğünlerin hazırlanması ve hastane hastalarına ve personeline dağıtılması için zorunlu olan mekan ve ekipmanların devri, koşullar dahilinde, bunu bir ekonomik birim devri haline getirir.*" ifadelerine yer vererek işin niteliğine göre yalnızca maddi unsurlarının ve faaliyetin devrinin işyeri devri teşkil edebileceğine işaret etmiştir.<sup>83</sup>

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, maddi unsurların mülkiyetinin veya zilyetliğinin devri her durumda işyeri devrine delalet etmez. Gerçekten de yeniden yapılandırma sürecinde mal ve hizmet üretiminde farklı araç, taşınır ve taşınmazın tercih edilmesi bu süreçte daha önce üretime özgülenen unsurların değiştirilmesi söz konusu olabilir. Bu hallerde kullanımı terk edilerek devredilen maddi unsurların artık işyeri organizasyonu dahilinde değerlendirilmeyeceği açıktır. Nitekim ekonomik kimliği oluşturan artık yenilenen/geliştirilen araç - gereçler olacak, işyeri devredilen unsurlara rağmen kimliğini muhafaza etmeye devam edecektir.<sup>84</sup> Örneğin, fabrikada kullanılan yarı otomatik üretim batlarının yerine tam otomatik üretim batlarının kullanılmaya başlanması üzerine, kullanımı terk edilen yarı otomatik üretim batlarının mülkiyetinin devri, işyeri devri olarak nitelendirilemez.

<sup>81</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.17; GÜZEL, s.84; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.9.

<sup>82</sup> Bakınız, KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.186; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.24.

<sup>83</sup> C-340/01, p.36, curia.europa.eu, ayrıca Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.186.

<sup>84</sup> Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.207.

Maddi unsurların, teknik amacın gerçekleştirilmesine ilişkin faaliyetlerin sürdürülmesinde gerekli ve esaslı unsurlardan olması halinde bu unsurların devri ekonomik birlik bağlamında değerlendirilebilecektir.<sup>85</sup> Maddi unsurların mal veya hizmet üretiminin temelini teşkil etmesi veya üretimin ayrılmaz bir parçası olması işyeri organizasyonun karakteri doğrultusunda tespit edilebilecektir. Yine de salt maddi unsurların devri işyeri devrinin kabulü için yeterli değildir.<sup>86</sup>

İşyeri organizasyonunun maddi unsurlarının devrinde önemli olan maddi unsurların zilyetliğinin devredilmesidir.<sup>87</sup> Maddi unsurların, işyeri organizasyonunun gerekli ve esaslı unsurlarını teşkil etmesi için bu unsurların işverenin mülkiyetinde bulunması gerekmez.<sup>88</sup> Bu bakımdan unsurların işverenin fiili hakimiyetinde bulunması gerekli ve yeterlidir.<sup>89</sup>

Maddi unsurların fiili hakimiyetinin gerekli ve yeterliği olduğu özellikle değişen alt işverenler arasındaki işyeri devrinde ve kullandırma sözleşmelerinde göze çarpar. Gerçekten de bilhassa yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde (temizlik, yemek vb.) işyeri organizasyonu dahilindeki maddi unsurlar genellikle asıl işverenin mülkiyetinde bulunmakta, işin devriyle bu unsurların da fiili hakimiyeti alt işverene bırakılmaktadır.<sup>90</sup> Alt işverenin değişmesi halinde de yeni alt işveren yine asıl işverenin mülkiyetinde bulunan araç - gereçlerin fiili hâkimi konumuna gelmektedir. Yine kullanım ödücü sözleşmelerinde, sözleşmeye konu tüketim elverişli olmayan eşyanın maliki devreden olarak kalmakta, devralan yalnızca sözleşme süresince bu eşyanın zilyedi konumunda bulunmaktadır. Bu bakımdan, esaslı maddi unsurları konu alan kullanım ödücü sözleşmesinin devri ve dahi devreden işverenin kendi mülkiyetinde bulunan eşyanın yalnızca kullanımının devralana bırakılması tek başına işyeri devrini engellemez.

<sup>85</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.203, ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.26.

<sup>86</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "İşyerinin Cebri İhale ile Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 16.

<sup>87</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.25.

<sup>88</sup> ABAD, bu husustaki görüşü için bakınız, "Dolayısıyla, yeni yüklenici tarafından devralınan maddi varlıkların önceki yükleniciye ait olmaması ve bunların sözleşme yetkilisi tarafından sağlanmış olması, 77/187 Sayılı Direktif anlamında bir devirin varlığını önleyemez." ABAD, C-340/01, p.42, <https://curia.europa.eu>.

<sup>89</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.186.

<sup>90</sup> ABAD, madencilik faaliyetiyle ilgili bir kararında, faaliyetin gerçekleştirilmesi her ne kadar işgücünden ziyade ekipmanlara dayansa da bu ekipmanların asıl işverenin mülkiyetinde bulunmasının devri engellemeyeceğini belirtmiştir. "Bu dava bağlamında yer altı tünellerinin kazılması faaliyeti, temelde işgücüne dayalı bir faaliyet olarak kabul edilemez, çünkü önemli miktarda tesis ve ekipman gerektirir. Ancak, başvuru için verilen emirden açıkça anlaşılacağı üzere, madencilik sektöründe, sürüş işi için gerekli olan temel varlıkların maden sahibi tarafından sağlanması yaygındır. Örneğin, AMS, alt yüklenici olarak, daha önce RJB'nin ACC'ye sağladığı ekipmanı kullanmıştır. İşletmeyi yürütmek için gerekli varlıkların mülkiyetinin yeni sahibine geçmemiş olması, bir devirin olmasına engel değildir." ABAD, C-234/98, p.30, [curia.europa.eu](https://curia.europa.eu).

### 3. Maddi Olmayan Unsurların Devri

İş organizasyonu kapsamında değerlendirilebilen, tecrübe, buluş, müşteri çevresi, teknik bilgi (know - how), patent, alacak hakkı gibi unsurlar, işyerinin maddi olmayan unsurları (değerleri<sup>91</sup>) arasında kabul edilir.<sup>92</sup> Üretimin temelini oluşturan başta teknik bilgi ve patent hakkının devri işyeri devrine delalet edebilir. Bu bakımdan, maddi unsurların devrinde olduğu gibi maddi olmayan unsurlar açısından da devre konu unsurların işyerinin ekonomik kimliğini yansıtmaya ve korumaya elverişli olduğu ölçüde devri, işyeri devrinin göstergesi olarak kabul edilebilir.<sup>93</sup> Ancak bu unsurların da tek başına devrinin işyeri devri teşkil etmeyeceği de göz ardı edilmemelidir.<sup>94</sup>

### 4. İş Gücünün Devri

İş hukukunun çalışma alanı merkezinde işçiyi barındırır. Bu bağlamda, iş hukuku işçi tarafı bulunmayan hukuki ilişkileri dışlar. Bu yaklaşım, bir organizasyonun iş hukuku anlamında işyeri olarak değerlendirilebilmesi için orada mutlaka işçi çalıştırılması gerekliliğini ortaya koyar.<sup>95</sup> Dolayısıyla, işgücü, işyerinin unsurları arasında yer alır. Esasen İş Kanunu'nda yapılan tanımda da "işçinin birlikte örgütlendiği birim" ifadesine yer verilmesi bu durumun sonucudur.<sup>96</sup> İşyerinden bahsedilmesi için işçi çalıştırılması şartsa da çalıştırılan işçi sayısı bakımından bir sınırlamaya Kanunda yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle, işyerinde çalıştırılan işçi sayısı, önemli değildir.<sup>97</sup>

Avrupa Birliği Adalet Divanının işyeri devri bağlamında işgücünü değerlendirdiği Schmidt<sup>98</sup> ve Süzen<sup>99</sup> kararları bu alandaki önemli kararlar arasında gösterilmektedir.

Schmidt kararında Divan, işletmenin temizlik işlerinin sözleşme uyarınca farklı bir firma tarafından devralınmasının, 77/187/EEC sayılı Direktifin kapsamında bir işyeri bölümü (işletme parçası) olarak kabul edilip edilemeyeceği ve bu durumun işyeri bölümü olarak kabul edilmesi halinde de temizlik operasyonlarının devirden önce bir tek çalışan tarafından gerçekleştirilmesinin Direktifin kapsamına girip girmeyeceğini incelemiştir.

<sup>91</sup> GÜZEL, s.84.

<sup>92</sup> Detaylı inceleme için Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.17 vd.; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.57; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.9.

<sup>93</sup> Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.205.

<sup>94</sup> GÜLER, s.156.

<sup>95</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.9, 10; 27.

<sup>96</sup> Alman ve Fransız hukukları açısından karşılaştırmalı değerlendirme için Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.23.

<sup>97</sup> AKYİĞİT, s.124; DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.22; ERTÜRK, s.80; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.56; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.9.

<sup>98</sup> ABAD, C-392/92, curia.europa.eu.

<sup>99</sup> ABAD, C-13/95, curia.europa.eu.

Anılan karara göre, işletme, temizlik gibi bir hizmetin işletilme sorumluluğunu başka bir işletmeye sözleşmeyle devreder ve söz konusu işletme bu görevlere atanmış çalışanlara karşı işveren yükümlülüklerini üstlenirse, Direktifin (77/187/EEC) kapsamına girebilir. Devredilen faaliyetin, devreden için sadece ana bir faaliyet olmayan veya işletmenin amaçlarıyla zorunlu olarak bağlantılı olmayan bir yan faaliyet olması, bu işlemi Direktifin kapsamından çıkarma etkisine sahip olamaz.<sup>100</sup> Ayrıca, söz konusu faaliyetin transferden önce tek bir çalışan tarafından gerçekleştirilmiş olması, Direktifin uygulanmasını engellemek için yeterli değildir. Direktifin uygulanmasının, devrin konusu olan işletmenin bir bölümüne atanmış olan çalışan sayısına değildir. Direktifle amaçlanan korumanın genişletilmesi ve sadece bir işçinin devirden etkilendiği durumda bile güvence garanti edilmesi gerekir.<sup>101</sup> Bu bakımdan, Schmidt kararında, işgücü, işyerinin bir unsuru olmanın ötesinde geçerek, kendi başına işyeri veya işyeri bölümü teşkil eden bir unsur olarak değerlendirilmiştir.<sup>102</sup>

Divanın Süzen kararında ise bazı sektörlerde birimin, önemli miktarda maddi ve maddi olmayan unsurlar olmaksızın işlev görebilmesi halinde, devir sonrasında kimliğin korunmasının mantıksal olarak bu varlıkların devrine bağlı olmayacağı ifade edilmiştir.<sup>103</sup> Kararda ayrıca, işgücüne dayalı sektörlerde, sürekli olarak ortak bir faaliyetle meşgul olan bir grup işçinin ekonomik bir kimlik teşkil edebileceği, bu tür bir birimin, yeni bir işveren tarafından sadece ilgili faaliyeti sürdürmekle kalmayıp aynı zamanda önceki işvereni tarafından bu göreve özel olarak atanmış işçilerin sayı ve becerileri açısından önemli bir kısmını devraldığı durumlarda, devirden sonra kimliğini koruma yeteneğinin olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>104</sup> Bu bağlamda Süzen kararıyla ABAD, faaliyetlere devam edilmesi yanında işgücünün de önemli bir kısmının devralındığı hallerde işyeri devrinden bahsedilebileceğini belirtmiştir.<sup>105</sup>

Avrupa Birliği Adalet Divanının işgücünün devrini merkeze alır içtihadı, içtihadın gerekçesini teşkil eden "*işin işgücüne dayalı olması*"nın öngörülemezliği yönünden eleştirilmektedir.<sup>106</sup> İşgücünün, işyeri devrinde belirleyici kriter olarak kabulü, özellikle işçilerin tamamının değil de yalnızca bir kısmının devralan tarafından çalıştırılmaya devam ettirilmesi halinde, üzerinde esaslıca durulması gereken bir durumu da ortaya çıkarır.<sup>107</sup>

<sup>100</sup> ABAD, C-392/92, p.14.

<sup>101</sup> ABAD, C-392/92, p.15.

<sup>102</sup> Ayrıca bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.188.

<sup>103</sup> ABAD, C-13/95, p.18.

<sup>104</sup> ABAD, C-13/95, p.21.

<sup>105</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.189.

<sup>106</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.190.

<sup>107</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.190.

Yargıtay da yakın tarihli bir kararında, Divanın Süzen kararındaki gerekçeye benzer görüşleri ifade etmiştir. Kararda işgücü devrinin tek başına işyeri devri olarak nitelendirilemeyeceği isabetle belirtilmiştir.<sup>108</sup> Anılan karara göre, *“Bazı sektörlerde işyerinin kimliğinin belirleyici unsuru iş gücü olabilmektedir. Bu hâllerde aynı veya benzer faaliyetin yürütüldüğü işgücünün tamamının devri işyeri devri olarak nitelendirilebilir ise de her durumda sırf işçilerin devrinden yola çıkılarak işyeri devri bulunduğu sonucuna varılamaz (Yenisey, s.209). İşyerindeki teknik amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden maddi ve maddi olmayan unsurların devredilip devredilmediği hususunun her somut olayda ayrıca ele alınması zorunludur.”*<sup>109</sup> Bununla birlikte, işyeri kimliğinin belirleyici unsuru işgücü ise, salt işgücünün devri işyerinin devri sayılabilir.<sup>110</sup>

Burada son olarak belirtmemiz gerekir ki, işgücü, işyerinin unsurları arasında gösterilse de işgücünün devredilmemesi tek başına ekonomik birliğin korunmasını engellemez. Başka bir deyişle, işgücünün devredilmemesi ekonomik birliğin korunmasını engellemiyor ise diğer şartların da gerçekleşmesi halinde bir işyeri devrinden bahsedilebilir.<sup>111</sup>

## 5. Müşteri Çevresinin Devri

Yürütülen faaliyetin doğrudan belirli bir müşteri çevresine yönelik olması veya izlenen teknik amacın gerçekleşmesinde müşteri çevresinin önemli olması hallerinde, müşteri çevresinin devri ekonomik birliğin korunmasının unsurları arasında değerlendirilebilir.<sup>112</sup>

Müşteri çevresinin ne şekilde devredilebileceği ise işyeri organizasyonun niteliği bağlamında incelenmesi gereken bir husustur. Müşteri çevresi, özellikle bağımsız tacir yardımcılarınca yürütülen organizasyonlar açısından işyeri devrinin önemli bir göstergesi olabilir. Müşteri kartlarının veya bir bölgede satış yapma yetkisinin devri,<sup>113</sup> müşteri çevresinin devredildiğine örnek teşkil edebilir.<sup>114</sup> Bunun dışında devredilen birimin müşteri portföyünün tavsiye niteliğindeki bir mektupla devredilmesi de söz konusu olabilir.<sup>115</sup>

Ford'un Anfo Motors'un ana ortağı olarak, Anfo Motors'un kapsadığı bölgede araç satış bayiliğini Novarobel'e devrettiği ve bu işle ilgili ekonomik riski kendi şirket

<sup>108</sup> Aynı görüşte, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.209; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.190.

<sup>109</sup> Y9HD, 25.05.2022, E. 2022/5350, K. 2022/6532, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2022/3, s.3129.

<sup>110</sup> SÜZEK, Devir, s.316.

<sup>111</sup> Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.208.

<sup>112</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.192, ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.33.

<sup>113</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.191.

<sup>114</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.32.

<sup>115</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.195.



grubunun dışındaki bir işletmeye devrettiği, Novarobel'in Anfo Motors'un yürüttüğü faaliyeti kesintisiz bir şekilde aynı sektörde ve benzer koşullara tabi olarak sürdürdüğü, işçilerin bir kısmının devralındığı<sup>116</sup> ve bayilik işletiminin devamlılığını sağlamak amacıyla müşterilere önerildiğinin<sup>117</sup> incelendiği bir kararında ABAD,<sup>118</sup> tüm bu etmenlerin bir bütün olarak değerlendirildiğinde ana davanın koşulları içinde bayilik devrinin Direktif kapsamına girebileceği görüşünün destekleneceğini ifade etmiştir.<sup>119</sup> Kararda ayrıca, maddi veya maddi olmayan varlıkların devredilmediği, işletme yapısının ve organizasyonunun korunmadığını ve Novarobel'in ana işyerine sahip olduğu Brüksel Federal Bölgesindeki belediyelerin, Anfo Motors'un işletmesini yürüttüğü belediyelerden farklı olduğu yönündeki itirazını<sup>120</sup> değerlendiren Divan, bu koşulların Direktifin uygulanmasını engelleyecek türden olmadığını, faaliyetin doğası dikkate alındığında, maddi varlıkların devrinin söz konusu birimin ekonomik kimliğini koruyup korumadığı konusunda kesin bir sonuç teşkil etmediğini belirtmiştir. Karara göre, belirli bir markanın motor araçlarının satışı için yapılan özel bayilik anlaşmasının amacı, farklı bir isim altında, farklı bir yerden ve farklı olanaklarla yürütülse bile aynı kalır, ana işyerinin aynı federal bölgenin farklı bir kısmında bulunması, sözleşme bölgesinin aynı kalması koşuluyla önem taşımaz.<sup>121</sup>

## 6. Yürütülen Faaliyetlerin Aynılığı veya Benzerliği

Devre konu birimde aynı ve benzer teknik amaçların izlenmesi, ekonomik birliğin korunması bakımından değerlendirilmesi gereken önemli hususlardan biridir.<sup>122</sup> İşyerinin unsurları arasında sayılan ve ekonomik birliğin korunması bakımından üzerinde durulan maddi olan ve olmayan unsur ile işgücünün devri tek başına işyeri devri teşkil etmez.<sup>123</sup> Nitekim işyeri, maddi olan ve maddi olmayan unsurların devamlılık arz eden bir organizasyon halinde örgütlemesi sonucu meydana gelir<sup>124</sup> ve bu bakımdan işyerinin varlığı bu unsurların sürekli bir yapı içerisinde bir organizasyon meydana getirilmesine bağlıdır.<sup>125</sup>

<sup>116</sup> ABAD, C-171/94 and C-172/94, p.7, curia.europa.eu.

<sup>117</sup> Karara göre, Anfo Motors müşterilerine faaliyetlerini sonlandırdığına dair bir bilgilendirme yapmak ve onlara yeni bayinin hizmetlerini önermek amacıyla bir mektup göndermiştir. ABAD, C-171/94 and C-172/94, p.8.

<sup>118</sup> ABAD, C-171/94 and C-172/94, p.18.

<sup>119</sup> ABAD, C-171/94 and C-172/94, p.19.

<sup>120</sup> ABAD, C-171/94 and C-172/94, p.20.

<sup>121</sup> ABAD, C-171/94 and C-172/94, p.21.

<sup>122</sup> 1475 s. Kanun döneminde aynı yönde Bakanız, ŞAHLANAN, Fevzi, "İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları", Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku & İktisat Dergisi, C: 16, S.4-5, s.14, 15.

<sup>123</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.195.

<sup>124</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.24, GÜZEL, s.81, 82. Ayrıca bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.397 vd.

<sup>125</sup> GÜZEL, s.80; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.10.

İşverenin organizasyonun amacını oluşturan husus mal ve hizmet üretimi yani o işyerinin teknik amacıdır. Bu bakımdan, teknik amacın korunması, yani unsurların devirden sonra da aynı veya benzer faaliyet alanlarına özgülenmesi, ekonomik birliğin korunmasının temel göstergelerinden birini oluşturur.<sup>126</sup> Bu sebeptendir ki, devredilen unsurların devirden önce yönetildikleri teknik amaçla bağdaşmayan faaliyetlere özgülenmesi,<sup>127</sup> malvarlığının devri olarak değerlendirilebilir.<sup>128</sup> Devralınan unsurların farklı bir teknik amaca yöneltilmesi, işyeri devrinden (ekonomik birliğin korunmasından)<sup>129</sup> bahsedilmesini engeller.<sup>130</sup> Devirden sonra işkolunun değişmemesi, faaliyetlerin aynılığı ve benzerliği yolunda genel bir değerlendirme oluşturabilir ancak tek başına ekonomik kimliğin korunduğuna veya korunmadığına işaret etmez.<sup>131</sup> Nitekim, faaliyetlerin değişmesine rağmen işkolunun değişmemesi söz konusu olabilir.<sup>132</sup>

Bu noktada özellikle belirtmemiz gerekir ki, devredilen maddi ve maddi olmayan unsurlarla aynı veya benzer faaliyetlerin devam ettirilmesi koşuluyla, esaslı olmayan değişikliklerin dikkate alınmaması gerekir.<sup>133</sup> İşyerinde yürütülmekte olan faaliyetlerden yalnızca birinin devri durumunda ise ekonomik birliğin korunmasından bahsedilmesi güçtür.<sup>134</sup> Nitekim, işyerinin salt tek bir faaliyetten meydana geldiği söylenemez.<sup>135</sup> Bu durum, özellikle işyerinde görülmekte olan işin bir başka işverene devredilmiş olduğu asıl işveren - alt işveren ilişkilerine, doğrudan işyeri devri sonucunun bağlanamayacağını da ortaya koyar.

## 7. Faaliyete Ara Verilme Süresi

İşyerinde yürütülen faaliyetlerin askıya alındığı (faaliyete ara verilen) sürelerin de ekonomik birliğin korunmasında göz önünde bulundurulması gerektiği

<sup>126</sup> Bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.195; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.191.

<sup>127</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.207.

<sup>128</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.196.

<sup>129</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.34.

<sup>130</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.212; DULAY, s.1377.

<sup>131</sup> İşkolu işyerinde izlenen teknik amaca göre belirleneceğinden teknik amacın değişmemesi halinde işkolu da değişmeyecektir. Ancak bunun tersini söylemek mümkün değildir. Yani işkolu değişikliğini gerektirir düzeyde olmayan bir değişiklik, işyerinin teknik amacının değişmesi sonucunu doğurabilir. Nitekim işkolları nitelik bakımından benzer iktisadi faaliyetlerin gruplandırılması sonucu ortaya çıkan temel iktisadi faaliyet türleri olup, yalnızca nitelik itibarıyla birbirine yakın faaliyetlerin gruplandırılmasından ibarettir (ASTARLI, Muhittin, Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı, Ankara 2019, s.2, 3).

<sup>132</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.197.

<sup>133</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.196, 197.

<sup>134</sup> ABAD'ın bu husustaki görüşü için bakınız, "Bir entite, üzerine atılan görevle sınırlı olmaktan öteye geçer. Kimliği, işgücü, yönetim kadrosu, iş düzeni, işletme yöntemleri ve uygun durumlarda kullanılabilir operasyonel kaynaklar gibi diğer faktörlerden de belirlenir.". ABAD, C-13/95, p.15. Ayrıca bakınız, DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.195, dn. 485'de yer alan yazarlar ve eserleri.

<sup>135</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.195.

hususlu Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına yansımıştır.<sup>136</sup> Gerçekten de iş-verence faaliyetlere son verildikten belirli bir süre sonra işyerinin veya işyerinin bölümünün teknik amacını oluşturan faaliyetlerin işletilmeye başlanması halinde işyeri devrinden bahsedilip bahsedilemeyeceğinin belirlenmesinde faaliyete ara verilen süreler önem taşır.

Faaliyete ne kadar bir süre boyunca ara verilmesi halinde işyeri devrinden bahsedilemeyeceği sorusunun yanıtı elbette faaliyetin niteliğine göre belirlenecektir. Bununla birlikte temel bir kriter olarak, ara vermenin organizasyonel yapının dağılmasına sebep olacak düzeyde uzun olmamasının aranması gerekir.<sup>137</sup> Burada elbette, faaliyete ara verilen sürenin, işyerinin müşteri çevresinin farklı işyerlerine yönelmesine sebep olup olmadığı da yol gösterici olabilir.<sup>138</sup> İşyeri, mal veya hizmet üretimi amacıyla örgütlenmiş birim (İK m.2/1)<sup>139</sup> olup bu birimin örgütsel birlikteliğinin bozulması halinde artık devre konu teşkil edebilecek bir bütünlüğün varlığından bahsedilemez. Faaliyete ara verilmesiyle ilgili olarak dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, işyerinin görülmekte olan işin niteliği (örneğin mevsimlik işlerde durum böyledir) veya tadilat gibi sebeplerle faaliyetlere ara verilmesi ve bu süre içerisinde işçi çalıştırılmamasının ekonomik birliğin korunmasına engel teşkil etmeyeceğidir.<sup>140</sup>

### III. İŞ KANUNUNUN UYGULAMA ALANI BAKIMINDAN İŞYERİ DEVRİ NİTELİĞİ TAŞIYAN VE TAŞIMAYAN HUKUKİ DURUMLAR

#### A. Kamu Hukuku Karakterli Hukuki Durumlar

##### 1. Özelleştirme

Özelleştirme, ekonomik verimi arttırma, kamu giderlerinde azalma sağlama, hazineye ait taşınmazları değerlendirme suretiyle kamunun gelir elde etmesi mekanizmalarından biridir (4046 s.K.<sup>141</sup> m.1/1). Özelleştirme, kamuya ait hisse-

<sup>136</sup> Örnek olarak bakınız, ABAD, C-209/91, p.19, 20.

<sup>137</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.199.

<sup>138</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.193; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.40.

<sup>139</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.23.

<sup>140</sup> DOĞAN YENİSEY, İşyeri ve İşletme, s.200; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.40. Ayrıca bakınız, "İşletmenin geçici olarak kapanması ve devir döneminde personel bulunmaması, kuşkusuz, bir işletmenin devralınan bir işletme olarak kabul edilip edilmeyeceğini belirlemede dikkate alınması gereken faktörler arasında yer alır. Bununla birlikte, işletmenin geçici olarak kapanması ve transfer anındaki personel eksikliği, doğrudan Direktifin 1/1 maddesi kapsamında bir işletmenin devredildiği sonucu kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bu durum özellikle mevsimsel bir işletme bağlamında geçerlidir, özellikle de devrin işletmenin kapalı olduğu mevsimde gerçekleştiği durumlarda, ilke olarak, böyle bir kapanış, işletmenin faaliyetine devam etmeme anlamına gelmez." ABAD, C-287/86, p.19, 20, curia.europa.eu.

<sup>141</sup> Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, RG.: Tarih: 27/11/1994-22124.

lerin mülkiyetinin devri, kiralanması veya mülkiyet dışında aynı hak tesisi gibi hukuki işlemlerle gerçekleştirilebilir. Özelleştirmenin, işyeri devri niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, özelleştirmenin işveren değişikliğine sebep olup olmadığının araştırılması gerekir.<sup>142</sup>

Özelleştirme sonucunda, tüzel kişilik aynı kalıyor yalnızca kamuya ait hisseler özel hukuk kişilerine devrediliyor ise bir işveren değişikliği meydana gelmeyeceğinden, işyeri devri de söz konusu olmaz.<sup>143</sup> Tüzel kişilik aynı kalmak kaydıyla, kamuya ait hisselerinin tamamının devri de işyeri devri teşkil etmez. Bu halde yalnızca, tüzel kişilik kamu hukukundan çıkarak özel hukuk hükümlerine tabi olur.<sup>144</sup> Özelleştirme neticesinde işveren değişikliği meydana geliyor ise artık işyeri devrinden bahsedilmesi gerekir.<sup>145</sup>

## 2. Devletleştirme

Kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilmesi mümkündür (3082 s.K. m.1/1).<sup>146</sup> Devletleştirme sonucunda, işveren sıfatı Devlet'e geçer.<sup>147</sup> Devletleştirilme kamu hukuki işlemi niteliği itibariyle bir hukuki işlemidir. Bu bakımdan, devletleştirme, işyeri devri teşkil eder.<sup>148</sup>

## 3. İmtiyaz Sözleşmesi

İmtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişi tarafından kurulması veya işletilmesine dair bir sözleşmedir.<sup>149</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 1995 yılında vermiş olduğu bir kararında, imtiyaz sözleşmesinin, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olduğunu

<sup>142</sup> URHANOĞLU, s.131.

<sup>143</sup> ERTÜRK, s.87; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, "Özelleştirme ve İş Kaybı Tazminatı", A. Can Tuncay'a Armağan, Ed. Mehmet UÇUM, İstanbul 2005, s.96. "Yine özelleştirme işlemi sonucu kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Özelleştirmede işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmektedir. Bununla birlikte, tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri niteliğindedir" Y9HD, E. 2011/33206, K. 2013/28313, T. 05.11.2013, calimavetoplam.org.

<sup>144</sup> KÖSEOĞLU, Özelleştirme, s.96.

<sup>145</sup> AKYİĞİT, s.308; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.105; ESENER, Kısmi Devir, s.348; ERENER YILMAZ, Ebru, İşyeri Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, Ankara 2023, s.77. Ayrıntılı inceleme için KÖSEOĞLU, Özelleştirme, s.94 vd.

<sup>146</sup> Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun, R.G: 1/12/1984-18592.

<sup>147</sup> ŞAHLANAN, s.15; ERENER YILMAZ, s.79; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, s.83.

<sup>148</sup> EKONOMİ, Kısmi Devir, s.348.

<sup>149</sup> Tanım ve ayrıntılı inceleme için bakınız, İNANÇ, Mehmet / AVCI, Fatih, "İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar", ÇÜHAD, 2024/5, s.56.

ifade etmiştir. Anılan kararda, imtiyaz sözleşmesinin gerçek muhtevaşı “*Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.*” şeklinde açıklanmıştır. Karara göre, kamu hizmetinin uzun süreli olarak özel girişimlere gördürülmesi imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.<sup>150</sup>

Bu anlamda, imtiyaz sözleşmesiyle, yürütülmekte olan bir kamu hizmetinin, belirli bir süreliğine gerçek veya tüzel kişilere devredilmesi halinde işveren değişikliği meydana gelir ve bu durum işyeri devri teşkil eder.<sup>151</sup> Aynı hususun, imtiyazın sona ermesi, iptal edilmesi veya feshedilmesi<sup>152</sup> akabinde, yeni imtiyaz sahibince faaliyetin devam ettirilmesi halinde de geçerli olacağı da belirtilmelidir.<sup>153</sup>

#### 4. Rödövens Sözleşmesi

Rödövens sözleşmesi, maden arama ve işletme ruhsat sahibinin, kira bedeli karşılığında, maden işletme faaliyetlerini özel veya tüzel kişiye yaptırması olarak tanımlanabilir.<sup>154</sup> Türk Borçlar Kanunu'nda hakkında ayrıca bir düzenleme bulunmayan rödövens sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları hakkında, Kanunun ürün (hasılat) kirasına yönelik hükümleri uygulanır.<sup>155</sup>

<sup>150</sup> AYM, E.1994/71, K.1995/23, T. 28.06.1995, RG. 20.03.1996-22586, s.51, 52. Ayrıca bkz. İNANÇ/AVCI, s.55 vd.

<sup>151</sup> ESENER, Kısmi Devir, s.347; Güzel, s.31; ERENER YILMAZ, s.82.

<sup>152</sup> Bu hususa değinen Yargıtay'a göre, “*Dosya kapsamından davacının dahili davalı A. A.Ş.'nin alt işvereni olan K. Elektrik Teknik Hizmetleri Ltd. Şirketinde 1997 Eylül ayından 2002 yılı haziran ayına kadar çalıştığı, dahili davalı A. A.Ş.'nin imtiyazının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine davalı t.'in 2.4.2002 tarihli protokol ile 2 ay süreli olmak üzere davalı K. Elektrik Teknik Hizmetleri Ltd. Şti. ile İstanbul Anadolu yakasında mevcut havai hatların bakım ve onarımına dair A. A.Ş. ile akdettiği sözleşmenin devamını kararlaştırdığı, sözleşmenin 2.6.2002 tarihinde bitimini müteakip yenilenmediği ve davacının davalı K. Elektrik Teknik Hizmetleri Ltd. Şti'nden 2.6.2002 tarihinde istifa ederek 5.6.2002 tarihinde davalı t.ta çalışmaya başladığı anlaşılmıştır. Bu haliyle sebebi ne olursa olsun davalı t. dahili davalı A. A.Ş. arasında işyeri devri bulunduğundan davalı t.'in talebe konu dönemdeki çalışmaya dair kıdem tazminatından sorumlu olması sebebiyle davalı t. açısından davanın kabulü gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup kararın bozulması gerekmektedir.*”, Y9HD, E. 2009/999, K. 2010/39076, T. 20.12.2010, legalbank.net.

<sup>153</sup> Ayrıca bakınız, BAŞTERZİ, Süleyman, “*İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, İstanbul 2021, s.61 vd.

<sup>154</sup> BAYCIK, Gaye, “*Rödövens Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ed. Süleyman BAŞTERZİ, İstanbul 2011, s.1894.

<sup>155</sup> BAYCIK, Rödövens, s.1897; UYUMAZ, Alper / GÜNGÖR, Fatma, “*Rödövens Sözleşmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S.4, s.146. Aynı yönde bakınız, “*Rödövens sözleşmesi; ruhsatı alınan maden sahasının bir kısmı veya tamamı üzerindeki işletme hakkının, hak sahibi tarafından gerçek veya tüzel üçüncü kişilere geçici bir süre için tahsisini konu alan iki*

Rödövens sözleşmesiyle, hali hazırda işyeri olarak örgütlenmiş bir maden arama sahasının devri halinde, bu durum iş hukuku açısından işyeri devri olarak nitelendirilir.<sup>156</sup> Başka bir deyişle, maden işyerlerinin işletme hakkının bir işverene bırakılması da işyeri devri olarak nitelendirilir.<sup>157</sup> Anılan husus elbette ki, faal bir maden ocağının, başka bir işverenin bağımsız iş organizasyonuna devri halinde söz konusu olur.<sup>158</sup> Aksi halde, rödövens sözleşmesi, alt işverenlik, işçi temini ve hizmet alım sözleşmesi niteliği kazanabilir.<sup>159</sup>

## 5. El Koyma

3780 s. Milli Korunma Kanunu<sup>160</sup> ve 5411 s. Bankacılık Kanununda,<sup>161</sup> kamu makamlarının özel teşebbüsler ve bankalar üzerinde karar alma yönetim yetkisi kullanabilmesine imkan tanınmıştır, ancak anılan düzenlemelerle devletleştirilmede olduğu gibi bir işveren değişikliği düzenlenmiştir bu bakımdan el koyma durumunda işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz.<sup>162</sup> El koymada sadece karar alma ve yönetim yetkisi kamu makamlarına geçer işverenin hukuki kişiliği değişmez bu bağlamda işyeri devri sayılmaz.<sup>163</sup> İşyerine el konulmasının ardından, işyerinin tamamının veya bir bölümünün bir başka kişiye devri durumunda ise işyerinin devrinden bahsedilebilir.<sup>164</sup>

*tarafılı ürün kira sözleşmesi niteliğine sahiptir (Maden Yönetmeliği m.4/1-fff). 3213 Sayılı Maden Kanunu'nun Ek madde 7 ve diğer ilgili hükümleri ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 357 ve devamı maddelerinde düzenlenen ürün kirasına ilişkin hükümler, uyumsuzluğun bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanır.*" Y9HD, E. 2022/8506, K. 2023/591, T. 14.3.2023, kazanci.com.tr. Benzer yönde bkz. YHGK, E. 2006/617, K. 2006/642, T. 11.10.2006.

<sup>156</sup> BAYCIK, Rödövens, s.1898.

<sup>157</sup> URHANOĞLU, s.131.

<sup>158</sup> BAYCIK, Rödövens, s.1898. Yargıtay'ın aynı yönde görüşü için bkz. "Rödövens sözleşmesiyle rödövensçi bir maden sahasını işletirken diğer maden sahalarını maden hakkı sahibi işletebilir. Bu ihtimalde, taraflar arasında tam bir bağımsızlık söz konusu ise, rödövens sözleşmesi ve şartları varsa işyeri devri hükümleri uygulanır. Buna karşılık, rödövens sözleşmesi imzalanmasına karşın, ruhsat sahibi ile rödövensçi arasındaki ilişkide asıl yönetim yetkisi ruhsat sahibinde ise, rödövensçinin üretim yapmak için kiraladığı maden ocağında kendine ait iş organizasyonu ve hukuki bağımsızlığı yoksa, işçi temini ilişkisi söz konusu olur ve bu ilişki kanuna aykırı olduğundan geçersiz sayılarak rödövensçinin işçisi gibi görünen kişiler, iş organizasyonuna fiilen dahil oldukları ruhsat sahibinin işçileri sayılırlar." Y10HD, E. 2016/1371, K. 2018/2754, T. 29.03.2018, kazanci.com.tr. Benzer yönde bakınız, Y10HD, E. 2015/19228, K. 2017/6485, T. 9.10.2017.

<sup>159</sup> Ayrıntılı inceleme için bakınız, BAYCIK, Rödövens, s.1898 vd.

<sup>160</sup> R.G.: 26/ 1/1940-4417.

<sup>161</sup> R.G.: 1/11/2005-25983 (Mükerrer).

<sup>162</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.56; ERENER YILMAZ, s.80. Ayrıca bakınız, ERTÜRK, s.87.

<sup>163</sup> Yargıtay'ın bu husustaki görüşü için bakınız, "Banka veya borsa aracı kurulu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun el koyması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Gerçekten bu halde işyeri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir." Y9HD, E. 2009/10676 K. 2009/33101 T. 2.12.2009, kazanci.com.tr.

<sup>164</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.57; KAPLAN SENYEN, E. Tunçay, "İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 29, s.33.

## B. Ticaret Hukukundan Doğan Devir ve Değişiklikler

### 1. Şirketleşme

Şirketleşme, bizim çalışma konumuz bakımından, tüzel kişilik bünyesinde faaliyet göstermeyen bir işyerinin, faaliyetlerinin tüzel kişilik altında sürdürülmesine ilişkin bir hukuki işlem olarak tanımlanabilir. Şirketleşme, tek bir işverenin varlığı halinde bu işveren tarafından başvurulabilecek bir yol olduğu gibi adi ortaklık çatısı altında sürdürülen faaliyetlerin tüzel kişilik altında devam ettirilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.

Bu noktada özellikle belirtmemiz gerekir ki, adi ortaklıkta işveren sıfatının ortaklara mı yoksa ortaklığa mı ait olacağına ilişkin tartışmalar, ortaklığın faaliyetlerine tüzel kişilik altında devam etmesi halinde geçerliliğini yitirir. Şirketleşmeyle birlikte, işveren sıfatı ister ortaklara ister ortaklığa ait olsun, bu sıfat yeni kurulan tüzel kişiliğe ait olacaktır.

Her iki durumda da işveren bir hukuki işleme göre değişeceğinden işyeri devrinden bahsedilmesi gerekir.<sup>165</sup> Bu noktada, işverenin veya işverenlerin şirket ortağı olması da sonucu değiştirmez.<sup>166</sup> Nitekim, şirketleşme ile işveren sıfatı artık şirket tüzel kişiliğine geçecektir. Öte yandan, işveren tarafından işyerinin sermaye olarak bir şirkete devredilmesi de yine işyeri devri teşkil eder.<sup>167</sup>

### 2. Hisse Devri

Hisse devrinin, beraberinde işveren değişikliği meydana getirip getirmeyeceği sorusuna, tüzel kişiliği olan ortaklıkları ve adi ortaklıkları ayırarak yanıt aramak gerekir. Tüzel kişiliği olan ortaklıklarda, işveren, şirket tüzel kişinin kendisi olduğundan, tüzel kişilik aynı kaldığı müddetçe hisselerin el değiştirmesi işyeri devri teşkil etmez.<sup>168</sup>

Adi ortaklıkta ise hisse devrinin işveren değişikliği meydana getirip getirmeyeceğinin incelenmesinde öncelikle adi ortaklıkta işveren sıfatının kime ait olduğunun tespiti ile başlanmalıdır.<sup>169</sup> İş Kanunu'nun ikinci maddesinde, mülga İş

<sup>165</sup> ÇANKAYA/ÇİL, Devir, s.391; URHANOĞLU, s.131.

<sup>166</sup> ERTÜRK, s.86. "İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır." Y9HD, E. 2016/30897, K. 2021/595, T. 13.1.2021, kazancı.com.tr. Kararı isabetli bulan değerlendirme için Bakınız, YILDIZ, Gaye Burcu, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, İstanbul 2023, 42.

<sup>167</sup> ERENER YILMAZ, s.84; ÖZKARACA, s.60; UZUN, s.297.

<sup>168</sup> ERENER YILMAZ, s.84; ÖZKARACA, s.58; MANAV ÖZDEMİR, s.110.

<sup>169</sup> Ayrıntılı inceleme için bakınız, YILDIRIM, Dilan, Türk İş Hukukunda Tüzel Kişiliği Olmayan İşveren Kavramı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İş ve Sosyal Güvenlik Tezli Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023, s.71 vd.

Kanunu'ndan farklı olarak işçi çalıştıran "tüzel kişiliği olan kurum ve kuruluşlar" işveren sayılmıştır. Kanun gerekçesinde yapılan düzenleme, "İşveren tanımı için de 2821 sayılı Kanununun 2. maddesi göz önünde tutulmuş, "gerçek ve tüzel kişiler" dışında iş sözleşmesine göre işçi istihdam eden ve tüzel kişiliği bulunmayan kurum ve kuruluşların da "işveren" sayılacakları birinci fıkra hükmünde açıkça gösterilmiştir. Hatta bu hususta 2821 sayılı Kanunda "tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları" denilmesine rağmen, aynı durum özel hukuk alanında da söz konusu olabileceğinden (örneğin adi ortaklıklar gibi), kamu ve özel kesim ayırımı yapılmaksızın işçi sayılan gerçek kişileri çalıştıran, ancak tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların "işveren" sayılacakları hükme bağlanmıştır." şeklinde ifade edilmiştir.<sup>170</sup> Gerekçede de açıkça belirtildiği üzere mülga 2821 s. Sendikalar Kanunu'nda<sup>171</sup> yer alan işveren tanımında yer alan "tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlar" ifadesi daha da genişletilerek, "tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" da işveren sayılmıştır.<sup>172</sup> Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, 4857 s. Kanun'da getirilen düzenlemeyle, adi ortaklığın kendisi işveren sayılmıştır.<sup>173</sup> Bu anlamda, adi ortaklıkta, ortakların işveren sıfatı bulunmamaktadır.<sup>174</sup> Konuyu medeni usul hukuku yönünden inceleyen görüşe göre, adi ortaklığın kendisinin işveren sıfatını taşıması, hukukumuzda gerçek ve özel kişiler dışında da hak süjelerinin tanındığı anlamına gelir.<sup>175</sup> Öğretide yer alan diğer görüşe göre ise, getirilen düzenleme, adi ortaklık tarafından işçi çalıştırılmasına dairdir. Adi ortaklık tarafından işçi çalıştırılabilecek, ancak burada işveren sıfatı ortaklara ait olacaktır.<sup>176</sup> Anılan görüşe göre, adi ortaklığın işçi çalıştırması, birlikte işverenlik hükümlerine tabi olacaktır.<sup>177</sup>

Öğretide bir görüşe göre, adi ortaklıkta ortaklarından birinin ortaklıktan çıkması veya hisselerini devretmesi halinde sorumluluğun belirlenmesi bakımından işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.<sup>178</sup> Adi ortaklıkta hissesini

<sup>170</sup> YILDIRIM, s.71.

<sup>171</sup> RG. 7/5/1983-18040.

<sup>172</sup> Düzenlemenin eleştirisi için bkz. CANBOLAT, Talat, "4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri" 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu, Ed. Cengiz KÖSEÖĞLU, Ankara 2016, s.31 vd.

<sup>173</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.195; PEKSÖZ, Vildan, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2022, s.160.

<sup>174</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.195.

<sup>175</sup> PEKSÖZ, s.163.

<sup>176</sup> YÜCEL BODUR, Mehtap, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, İstanbul 2018, s.178. Ayrıca bakınız ve karşılaştırınız, AYKAÇ, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.59 ve aynı yer dn.294.

<sup>177</sup> Görüşün ayrıntılı incelemesi için bakınız, YÜCEL BODUR, Birlikte İşverenlik, s.175 vd.

<sup>178</sup> ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.57, KAPLAN, Devir, s.33; MANAV ÖZDEMİR, Eda, "Hisse Devrinin İş Kanunu'nun 6'ncı Maddesi Çerçevesinde İşyeri Devri Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 47, s.110.



devreden ortaklıktan çıkar ve devralan ortaklığa dahil olur.<sup>179</sup> Bu bakımdan, ortakların değişmesi durumunda işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması icap eder.<sup>180</sup>

Görüşümüzce, adi ortaklığın kendisinin işveren kabul edilmesi karşısında, ortaklıktan çıkma veya çıkarılma ya da yeni bir kişinin ortaklığa girmesi işyeri devri olarak kabul edilmez. Nitekim, işyeri devrinden bahsedilebilmesi, evleviyetle işverenin değişmesini gerektirir. İşveren sıfatı aynı kaldığı sürece, adi ortaklıktaki ortaklık yapısının değişmesi, işyeri devri olarak kabul edilmez. Bu noktada, işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması da söz konusu olmaz.

İşçilerin korunması açısından, işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerekli olacağı savunulabileceksede anılan hükümlerin pratikte uygulanabilirliği ayrıca tartışılmaya müsaittir. Her şeyden önce, Kanununda getirilen güvencelerden, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesi (m.6/1) ile devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olması (m.6/2) işçinin iş güvencesi ve işverenin değişmesi nedeniyle kıdeme bağlı haklarının korunmasına dairdir. Adi ortaklıkta, ortaklar değişse de işveren sıfatında bir değişiklik olmayacağından bu hükümlerin uygulanmasını gerektirir bir durum da ortaya çıkmayacaktır.

İşyeri devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin iki yıl süreyle birlikte sorumlu olması (m.6/2) ve işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatından devralan işverenin yanında, devreden işverenin de işçiyi çalıştırdığı sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı olarak sorumlu olması (1475 s.K. m.14/4) hükümlerine gelince, öncelikle bu hükümlerin pratikte uygulanmasının pek mümkün olmadığı ifade edilmelidir. Nitekim adi ortaklıkta, ortakların değişmesi alacağın temlik hükümlerine tabi olup, devir adi yazılı şekil şartına tabidir (TBK m.184/1). Bu bakımdan işçinin devreden ortakları belirleyebilmesi ve işyerindeki çalışma dönemini her bir ortakın ortaklığa dahil olduğu döneme göre paylaşırabilmesi olanaklı değildir.

<sup>179</sup> MANAV ÖZDEMİR, s.110.

<sup>180</sup> ERENER YILMAZ, s.83. "İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi durumunda, bu işlem de bir tür işyeri devri sayılmalıdır. Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır. Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da sonucu değiştirmeyecektir. Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir." Y9HD, E. 2016/14067 K. 2016/11204 T. 3.5.2016., kazanci.com.tr.

## C. Sermaye Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler

Sermaye şirketlerinde meydana gelen yapısal değişiklikler bir hukuki işleme dayandığından, bu durumda işveren değişikliği meydana gelmesi halinde işyeri devrine ilişkin hükümlerinin bunlar hakkında da uygulanması gerekir.<sup>181</sup> Bunun yanında, birleşme ve bölünme hallerinde özel hüküm olarak öncelikle TTK m.187 hükmü uygulama alanı bulacaktır.<sup>182</sup>

Sermaye şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesi halinde ise müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmaz (İK m.6/4). Anılan düzenlemenin temel sebebi, sayılan hallerde şirket tüzel kişiliğinin sona ermesidir.<sup>183</sup> Müteselsil sorumluluk dışında kalan hususlarda ise İş Kanunu'nun 6. maddesi uygulama alanı bulacaktır.<sup>184</sup>

### 1. Birleşme

Birleşme, birden fazla ticaret şirketinin birleşmeye katılan bir şirketin veya yeni bir şirketin bünyesinde bir araya gelmeleri ve bu şirketlerin bünyesi dışında kalan şirket ya da şirketlerin tasfiye edilmeksizin sona erdirilmesini ifade eder.<sup>185</sup> Bu

<sup>181</sup> ERENER YILMAZ, s.97.

<sup>182</sup> Ayrıntılı inceleme için bakınız ve karşılaştırınız, ASTARLI, Muhittin, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum, 2013/1, s.85; ALP, Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", Çalışma ve Toplum, 2012/1, 58; KAPLAN, Devir, s.37; UŞAN, Muhammed Fatih / ERDOĞAN, Canan, "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından Sorumluluğu, TFM, C. 8, S: 1, s.7; KILIÇ, Şebnem, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre İşyeri Devrine İlişkin Değişiklikler ve Yenilikler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S.167, s.183. EKMEKÇİ, Ömer, "Şirketlerin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi, İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S.24, s.154-159. "İki hükümde de ortak olan hususlar şunlardır:

1. Her iki hükümde de devredilen işyerindeki iş ilişkileri devralana kendiliğinden, yasa gereği tüm hak ve borçları ile birlikte geçmektedir. İşyerini devralan işverenin iş ilişkilerini devralmaktan kaçınma hakkı yoktur.

2. Her iki hükümde de (bazı farklar olmakla birlikte) devreden ve devralanın işçilik alacaklarından birlikte (müteselsil) sorumlu oldukları esaslı kabul edilmektedir.

Buna karşılık TTK 178 ile İK 6 arasında önemli temel hususlarda çelişkiler de bulunmaktadır:

1. İK 6'da işçiye devre itiraz hakkı tanınmamış iken TTK 178/I ile işçiye itiraz hakkı tanınmakta ve ancak "işçi itiraz etmediği takdirde" iş akitlerinin devralana geçeceği öngörülmektedir.

2. İK 6'da devrin işçi bakımından bir haklı fesih sebebi oluşturmadığı kabul edilmekte iken TTK 178/II'de işçinin itirazı halinde iş akdinin sona ereceği öngörülmektedir.

3. İK 6'da birleşme ve tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk doğmayacağı belirtilmiş iken TTK 178/III'de özel olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk öngörülmektedir.

4. TTK 178/IV'de müteselsil sorumluluğun kapsamı ve süresi İK 6'ya kıyasla genişletilmiştir.

5. TTK 178/V ile işçilere alacakları için teminat talep etme hakkı tanınmaktadır. İK 6'da bu düzenlemenin bir karşılığı yoktur." ALP, 55, 56.

<sup>183</sup> Ayr. Bakınız, GÜZEL/UGAN/ÇATALKAYA, s.171.

<sup>184</sup> ASTARLI, s.16; GÜZEL/UGAN/ÇATALKAYA, s.171.

<sup>185</sup> AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, Ankara 2023, s.441; ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders

bakımdan birleşme, ortakların birleşen şirketlere alınması karşılığında, işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak birleşmeye katılan diğer bir şirketin veya yeni bir şirketin çatısı altında bir araya getirilmesini ifade eder.<sup>186</sup> Birleşme, “devralma” şeklinde olabileceği gibi “yeni kuruluş” şeklinde de olabilir (TTK m.136/1).<sup>187</sup>

Külli halefiyet niteliği taşıyan birleşme, esasen bir işyeri devri niteliği taşır.<sup>188</sup> Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan tüm şirketlerin tüzel kişilikleri sona ereceğinden, yeni kuruluş, yeni işveren niteliği taşır. Bu bakımdan tüm şirketler açısından işyeri devri meydana gelmiş olur.<sup>189</sup> Devralma şeklinde birleşme ise katılan şirket veya şirketler birleşmeye dahil diğer bir şirket tüzel kişiliğine dahil olurlar. Burada yeni şirketin kurulması söz konusu olmaz.<sup>190</sup> Dolayısıyla, katılan şirketler yönünden işyeri devri mevcut iken, katılınan şirkette işveren değişmeyeceğinden işyeri devri de söz konusu olmaz.<sup>191</sup>

## 2. Bölünme

Bölünme, bir şirketin malvarlığının tamamını veya bir kısmını, bir veya birden fazla şirkete tasfiyesiz olarak ve kısmi halefiyet hükümlerine göre devretmesidir.<sup>192</sup> Bölünme sonucunda, devreden/bölünen şirket ortakları kural olarak devralan şirkette kendiliğinden ortaklık hakkı elde ederler.<sup>193</sup> Sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler (TTK m.160). Bölünme, bölünen şirketin/kooperatifin sona ermesine göre, tam bölünme veya kısmi bölünme şeklinde gerçekleşebilir.<sup>194</sup> Tam bölünmede sermaye şirketinin/kooperatifin tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak diğer sermaye şirketine/kooperatiflere devrolunarak bölünen şirket sona ererken, kısmi bölünmede bir sermaye şirketinin/kooperatifin yalnızca bir veya birden fazla bölümü diğer sermaye şirketlerine/kooperatiflere devrolur yani bölünen şirket sona ermez.<sup>195</sup>

Kitabı, 5. Bası, Ankara 2022, s.131. PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara 2022, s.70; KAYIK AYDINALP, Aslıhan, İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, İstanbul 2017, s.92; KILIÇ, s.184.

<sup>186</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.442.

<sup>187</sup> PULAŞLI, s.71; ŞENER, s.124, 125. Geçerli birleşmeler TTK m.137'de sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre, sermaye şirketleri; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla, kolektif ve komandit şirketlerle, birleşebilirler. Şahıs şirketleri; şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle, birleşebilirler. Kooperatifler; kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle, birleşebilirler.

<sup>188</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.195; KILIÇ, s.185; ERENER YILMAZ, s.99, UŞAN/ERDOĞAN, s.3.

<sup>189</sup> UŞAN/ERDOĞAN, s.3.

<sup>190</sup> KAYIK AYDINALP, s.92.

<sup>191</sup> ERENER YILMAZ, s.99.

<sup>192</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.466; PULAŞLI, s.104.

<sup>193</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.466.

<sup>194</sup> ŞENER, s.139; PULAŞLI, s.106, 107.

<sup>195</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.468.

Tam bölünmede, bölünen şirketin tüzel kişiliği bölünme sonucunda sona erer.<sup>196</sup> Kısmi bölünme de ise şirket tüzel kişiliği devam eder, yalnızca bir bölümü başka bir şirkete (devrolunan veya yeni kurulan) devrolur.<sup>197</sup> Tam bölünmede, şirketin tamamı için işveren değişikliği meydana gelirken, kısmi bölünmede yalnızca bölünen kısımlar için işveren değişikliği söz konusu olur.<sup>198</sup> Bu bakımdan kısmi bölünmede, bölünmeyen kısma ilişkin olarak işyeri devrinden söz edilmesi mümkün değildir.

İş Kanunu'nda tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmayacağı belirtilmiş (m.6/4) ancak şirket bölünmelerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Esasen maddenin düzenleme amacı, birleşme, katılma ya da tür değiştirme hallerinde sona eren tüzel kişiler hakkında birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmesidir.<sup>199</sup> Bu bakımdan, tam bölünme halinde de şirketin tüzel kişiliğinin sona ereceğinden yola çıkılarak, madde hükmünün burada uygulanması gerektiği açıktır. Nitekim sona eren bir tüzel kişiliğin sorumluluğundan bahsedilemez. Kısmi bölünmede bölünmeyen kısım yönünden şirket tüzel kişiliği devam edeceğinden birlikte sorumluluk hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.<sup>200</sup>

### 3. Tür Değişirme

Tür değiştirme, bir şirketin hukuki şeklini değiştirmesi ve yeni şirketin eski şirketin devamı olmasıdır (TTK m.180).<sup>201</sup> Bir sermaye şirketi; başka türde bir sermaye şirketine veya bir kooperatife; bir kolektif şirket; bir sermaye şirketine, bir kooperatife bir komandit şirkete; bir komandit şirket bir sermaye şirketine, bir kooperatife, bir kolektif şirkete veya bir kooperatif bir sermaye şirketine dönüşebilir (TTK m.181).

Tür değiştirmenin karakteristik özelliklerini, şirketin ekonomik ve hukuki kimliğini koruması, şirketin aktif ve pasiflerinin intikaline gerek kalmaması ve malvarlığı ile ortaklara ilişkin hak ve yükümlülüklerinin devam etmesi oluşur.<sup>202</sup>

<sup>196</sup> KAYIK AYDINALP, s.99.

<sup>197</sup> KAYIK AYDINALP, s.99.

<sup>198</sup> ERENER YILMAZ, s.101.

<sup>199</sup> Ayrıca bakınız, KILIÇ, s.185.

<sup>200</sup> ERENER YILMAZ, s.102; KILIÇ, s.185.

<sup>201</sup> ŞENER, s.155. Bir sermaye şirketi; başka türde bir sermaye şirketine; bir kooperatife; b) bir kolektif şirket; bir sermaye şirketine; bir kooperatife; bir komandit şirkete; bir komandit şirket; bir sermaye şirketine; bir kooperatife; bir kolektif şirkete; bir kooperatif bir sermaye şirketine, dönüşebilir (TTK m.181).

<sup>202</sup> KAYIK AYDINALP, s.105, 106.

Şekil değiştirici tür değiştirmede tüzel kişilik sona ermeksizin ve tasfiye edilmeksizin yalnızca hukuki kalıbını değiştireceğinden işveren değişikliğine sebep olmaz, bu yönüyle işyeri devri teşkil etmez.<sup>203</sup> Ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesinde ise işveren değişikliği meydana geleceğinden, işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.<sup>204</sup>

Devredici tür değiştirmede ise türü değiştirilen ortaklığın tasfiye edilmeksizin feshedilerek dönüştürülmek istenen yeni tipte bir ortaklığın kurulması söz konusu olur. Devredici tür değiştirmede, şekil değiştirici tür değiştirmeden farklı olarak işveren değişikliği söz konusudur.<sup>205</sup>

## D. İşverenin Ölümü Nedeniyle Meydana Gelen İşveren Değişiklikleri

### 1. Genel Olarak İşverenin Ölümünün İş İlişisine Etkisi

İş sözleşmesi, işçinin ölümü ile kendiliğinden sona erer (TBK m.440). İşverenin ölümü ise kural olarak iş sözleşmesinin sona ermesini gerektirmez. İşverenin mirasçıları iş sözleşmesinde işverenin yerini alır (TBK m.441/1). Sözleşmenin ağırlık olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulması halinde ise işverenin ölümü iş sözleşmesinin sona ermesine sebep olur (TBK m.441/2).<sup>206</sup>

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki işverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisine ilişkin açıklamalar yalnızca işverenin gerçek kişi olması durumunda söz konusu olur. Nitekim işverenin tüzel kişi olması halinde, salt somut işverenin ölümü, sözleşmenin yürürlüğünü etkilemez.<sup>207</sup> İşverenin tüzel kişi olması halinde iş ilişkisi, tüzel kişilik sona erene kadar devam eder.<sup>208</sup>

İşverenin ölümü halinde, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır (TBK m.441/1). Bu bakımdan işverenin ölümü, işçi açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi imkânı doğurmaz.<sup>209</sup>

<sup>203</sup> ERENER YILMAZ, s.102.

<sup>204</sup> ERENER YILMAZ, s.104.

<sup>205</sup> KÖSEOĞLU, Kapanma, s.74.

<sup>206</sup> EKONOMİ, İş Hukuku, s.164; ERTAN, Emre, "İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 48, 133-135.

<sup>207</sup> Tüzel kişilerde organın işveren niteliği hususunda ayrıntılı inceleme için bakınız, SÜZEK, Sarper, "Türk İş Hukukunda İşveren", Sicil, Mart, 2010, s.19.

<sup>208</sup> TÜRE, Kurulması, s.126.

<sup>209</sup> TÜRE, Gökhan, "İşçinin İtiraz Hakkının Kapsamı Üzerine", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2021/3, s.1943.

## 2. Külli Halefiyet Yoluyla İntikalde

Miras bırakanın ölümü ile terekeye dahil tüm aktif ve pasif malvarlığı değerleri, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan doğruya ve kül halinde mirasçılara geçer (TMK m.599).<sup>210</sup> Miras bırakanın malvarlığının bir bütün halinde mirasçılara intikali, külli halefiyet olarak ifade edilir.<sup>211</sup> Burada, miras bırakanın ölümü ve terekenin mirasçılara geçişi eş zamanlıdır.<sup>212</sup> Ölümün gerçekleşmesiyle mirasçılar terekeye dahil malvarlıklarına elbirliğiyle malik olurlar.<sup>213</sup> Külli halefiyet, salt kanuni mirasçılar<sup>214</sup> için değil atanmış (iradi)<sup>215</sup> mirasçılar açısından da geçerli olan bir ilkedir.<sup>216</sup>

İşverenin ölümüyle, işverenin kanuni ve atanmış mirasçıları külli halefiyet yoluyla sözleşmede işverenin yerini alır (TBK m.441).<sup>217</sup>

İşverenin ölümü ile mirasçıların iş sözleşmesinin tarafı haline gelmesi İş Kanunu anlamında işyeri devri teşkil etmez.<sup>218</sup> Nitekim ölüm, işveren değişikliğine sebebiyet veren bir hukuki işlem değil bir hukuki olaydır.<sup>219</sup> İş Kanunu'nun 6. maddesinin gerekçesinde, maddenin "gerçek kişi işverenin ölümüyle işyerinin miras hükümlerine göre mirasçılara geçmesi ve buna göre sonuçlarını doğurması dışında "hukuki bir işleme dayalı olarak" işyerinin ve bir bölümünün başka işverene geçtiği bütün halleri kapsar nitelikte" olduğu ifade edilerek, külli halefiyet yoluyla intikalin İş Kanunu'nun 6. maddesi bağlamında değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır.<sup>220</sup> Ayrıca, TBK'da "Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır" denilmek suretiyle, külli halefiyet yoluyla intikalin işyeri devri olarak kabul edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

<sup>210</sup> DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2018, s.403; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, Türk Miras Hukuku, 5. Bası, Ankara 2023, s.18; GÖNEN, Doruk, Mirasın Paylaştırılması, Ankara 2023, s.3; HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2022, s.149; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örnekler), 13. Bası, Ankara 2023, s.21.

<sup>211</sup> DURAL/ÖZ, s.403.

<sup>212</sup> ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, Ankara 2021, s.92.

<sup>213</sup> GÖNEN, s.9; HATEMİ, s.143; ÖZTAN, s.24.

<sup>214</sup> Belirli bir zümreye kadar kan hısımlar (TMK m.495, 498, 500), evlatlık ve evlatlığın alt soyu (TMK m.500), sağ kalan eş (TMK m.499) ve Devlet (TMK m.501), miras bırakanın yasal mirasçılarıdır. Kavram için Bakınız, EREN/YÜCER AKTÜRK, s.27 vd.; ÖZTAN, s.18.

<sup>215</sup> Miras bırakan ölümüne bağlı bir tasarrufla terekesinin bir bölümü için bir veya birden fazla mirasçı atayabilir. Kavram için Bakınız, EREN/YÜCER AKTÜRK, s.58 vd.; ÖZTAN, s.19, 20.

<sup>216</sup> ANTALYA, s.91; DURAL/ÖZ, s.403, EREN/YÜCER AKTÜRK, s.58 vd.; ÖZTAN, s.21.

<sup>217</sup> SÜMER, s.87.

<sup>218</sup> KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.194, 195.

<sup>219</sup> EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra, İş Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2020, s.52.

<sup>220</sup> BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.107.

Külli halefiyette mirasçılar bu ilişki devam ettiği sürece müteselsil sorumludurlar. Miras ortaklığı niteliği itibariyle geçici bir ortaklık olup,<sup>221</sup> en kısa zamanda mirasın paylaşılması suretiyle miras ortaklığının sona erdirilmesi gerekir.<sup>222</sup> Mirasın paylaşılmasıyla mirasçıların tereke üzerindeki elbirliği mülkiyeti de sona erer. Elbirliği mülkiyetin sona ermesinden sonra ise işyerini işletmeye devam eden mirasçılar TBK m.202 uyarınca işçilik alacaklarından sorumlu olurlar.<sup>223</sup> Bu durumunda işyeri devri bakımından cüz'i halefiyete ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

### 3. Cüz'i Halefiyet Yoluyla İntikalde

Gerçek kişi işverenin ölümü halinde, her durumda terekenin külli halefiyet yoluyla intikali söz konusu olmayabilir. Miras bırakan, terekenin tasarruf edilebilir kısmı üzerinde ölüme bağlı bir tasarrufta bulunabilir. Miras bırakının iradi mirasçı atanmaksızın tereke üzerinde hak sahibi olacak kişileri belirlemesi halinde, bu kişiler artık mirasçı değil, vasiyet alacaklısı konumuna gelir.<sup>224</sup> Mirasçılıktan farklı olarak, vasiyet alacaklısı atanması halinde cüz'i halefiyet söz konusu olur.<sup>225</sup> Ayrıca bu kişiler, miras bırakanın değil, mirasçıların halefi konumundadırlar.<sup>226</sup> Böylesi bir durumda vasiyet borçlusu, miras bırakanın tasarrufu doğrultusunda, vasiyet alacaklısına terekeye dahil malvarlığını devretme borcu altına girer.<sup>227</sup> Türk Medeni Kanununun 518. maddesine göre, bırakılan belirli malın, mirasın açılması anındaki durumuyla teslim olunması gerekir, yarar ve hasar, mirasın açılması anında kendisine belirli mal bırakılana geçer (f.1). Tasarrufu yerine getirme ile yükümlü olan kimse, mirasın açılmasından sonra bırakılan belirli mala yaptığı

<sup>221</sup> GÖNEN, s.11.

<sup>222</sup> EREN/YÜCER AKTÜRK, s.507.

<sup>223</sup> YILDIZ, Gaye Burcu, Değerlendirme 2015, s.78. "Murisin ölümü nedeni ile elbirliği ortaklığı kapsamında 08.08.2010 tarihinde mirasçılara geçen işyeri, mirasçılar tarafından davalı ...'a devri ile bu ortaklık sona ermiştir. Her ne kadar davalı mirasçı ...'ın kendi miras hissesi oranında davayı kabulü diğer mirasçıları bağlamaz ise de bu kabul yanında iş sözleşmesinin murisin ölümünden sonra ayrılış bildirgesi ile sona erdirilmesi, işyerinin bu bildirimden sonra diğer mirasçıya devri dikkate alındığında, iş sözleşmesinin 27.08.2010 tarihinde sona erdiğinin ve diğer davalı mirasçı ile yapılan iş sözleşmesinin ise yeni bir iş akdi olduğunu gösterir. Tüm davalılar elbirliği ortaklığı nedeni ile fesih tarihinde miras payları oranında müştereken ve müteselsilin sorumlu oldukları gibi fesihden sonra işyerini devralan davalı... ise bu tarihte yürürlükte olan BK.'un 179. maddesi uyarınca devirden önce doğran murisin ve yerine geçen mirasçıların borcundan dolayı da ayrıca tamamen sorumludur. Mahkemece işyerini devralan davalının kabulü karşısında fesih ve fesihden sonra devir olgusu gözden kaçırılarak, çelişkili şekilde karar verilmesi hatalıdır." Y9HD, E. 2014/139, K. 2015/13767, T. 9.4.2015, kazanci.com.tr.

<sup>224</sup> Bakınız, ANTALYA, S.81; EREN/YÜCER AKTÜRK, S.154.

<sup>225</sup> EREN/YÜCER AKTÜRK, s.155; ÖZKARACA, İşyerinin Devri, s.43.

<sup>226</sup> ANTALYA, s.97; DURAL/ÖZ, s.15.

<sup>227</sup> DURAL/ÖZ, s.16; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.155.

harcamalar ve mala verdiği zararlardan dolayı, vekâletsiz iş görenin haklarına sahip ve borçlarıyla yükümlü olur (f.2).<sup>228</sup>

İşyeri devri bakımından incelendiğinde, cüz'i halefiyet ve külli halefiyet arasındaki temel fark, külli halefiyette mirasçılardan ölüm ile kendiliğinden işveren konumuna gelmesi, buna karşın cüz'i halefiyette vasiyet alacaklısının işveren konumuna gelebilmesi için vasiyetin yerine getirilmesinin gerekmesidir. Nitekim vasiyet alacaklısı, ölüme bağlı tasarrufla kendisine bırakılan belirli mal üzerinde mülkiyet hakkı değil alacak hakkı kazanır.<sup>229</sup> Dolayısıyla, işyerinin cüz'i halefiyet yoluyla intikali hukuki bir işleme dayanır.<sup>230</sup> Bu durumda, cüz'i halefiyet yoluyla intikalde, işyeri devrine ilişkin diğer kriterlerin de sağlanması halinde, işyeri devrinden bahsedilmesi gerekir.<sup>231</sup>

## E. İşverenin İflası

İş Kanunu'nun 6. maddesinin 6. fıkrasında, işyeri devrine ilişkin hükümlerin, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Anılan hükümle, işverenin iflası İş Kanunu'nda yer alan düzenlemenin dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte fıkra hükmü işverenin iflası halinde işyeri devrinin hiçbir şekilde söz konusu olamayacağı şeklinde anlaşılabilir. Yalnızca, işverenin iflasının İş Kanunu'nun düzenleme alanının dışında bırakıldığını ifade eder.<sup>232</sup>

İşverenin iflası halinde, işyerinin akıbetine, alacaklılar toplanmasında<sup>233</sup> karar verilir. Alacaklılar toplanmasında, işyerindeki faaliyetin devam ettirilmesine ve işyerinin kapatılmasına karar verilebilir (İİK m.210; 224).<sup>234</sup> Ancak her durumda işyerinin tasfiye sonucunda satılarak paraya çevrilmesine karar verilmelidir.<sup>235</sup>

Alacaklılar toplanmasında, işyerinin kapatılmasına karar verilmesi halinde, iflas idaresince,<sup>236</sup> iş sözleşmelerinin aynen ifası reddedilecek ve iş sözleşmeleri

<sup>228</sup> Ayrıca bakınız, EREN/YÜCER AKTÜRK, s.163.

<sup>229</sup> DURAL/ÖZ, s.16; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.155.

<sup>230</sup> ERENER YILMAZ, s.87.

<sup>231</sup> ERENER YILMAZ, s.87.

<sup>232</sup> Ayrıntılı inceleme için bakınız, TÜRE, Gökhan M., Türk İş Hukukunda İşverenin İflası, Ankara 2017, s.83.

<sup>233</sup> Alacaklılar toplanması, iflas tasfiyesini yöneten en yetkili organdır. Bakınız, ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 9. Bası Ankara 2023.s.638 vd.

<sup>234</sup> TÜRE, İşverenin İflası, s.82.

<sup>235</sup> TÜRE, İşverenin İflası, s.81. İflas masasına giren mal ve hakların paraya çevrilmesi gerekir. Bakınız, ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, İcra İflas Hukuku, 7. Bası, Ankara 202, s.629.

<sup>236</sup> Ayrıntılı inceleme için bakınız, ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.612; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, İstanbul 2023, s 483 vd.



sona erdirilecektir.<sup>237</sup> Bu halde işyeri işgücü olmaksızın tasfiye sonucunda satılarak paraya döndürülecektir. İşyerinin, iş organizasyonun tasfiyesinden sonra satılması halinde, artık işyeri organizasyonundan bahsedilemeye gerekir.<sup>238</sup>

Alacaklılar toplanmasının işyerlerinde faaliyetin sürdürülmesine karar vermesi de mümkündür.<sup>239</sup> Bu anlamda, İİK m.241/3 hükmünde yer alan *"Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar ile bu mal ve hakları bünyesinde bulunduran işletmeler bir bütün olarak satılır. Satışta işletmenin devamlılığı ve ekonomiye olan katkısı gözetilir."* ifadesinde yer alan işletmenin devamlılığının gözetilmesi kriterinin, işyerinin faaliyetlerine devam edebilecek bütünlüğünün korunması suretiyle paraya çevrilmesi şeklinde anlaşılması gerekir.<sup>240</sup> Bu halde iflas idaresince sözleşmelerin aynen ifasına karar verilmesi ve işyerinin tasfiyesine kadar faaliyetlerin iflas idaresince sürdürülmesi gerekir.<sup>241</sup> Mevcut iş ilişkileri, yürürlükte olan iş sözleşmesi hükümlerine göre devam ettirilir.<sup>242</sup> Ancak iflas idaresinin sözleşmeyi sürdürmesi durumunda dahi idarenin asli görevi, faaliyetin tasfiyesine yönelik olmalıdır.<sup>243</sup> Bu yönde bir uygulamaya karar verilmesi halinde işyeri devrinden bahsedilmesi mümkündür, nitekim burada satışla (hukuki işlemle) devir söz konusu olur.<sup>244</sup>

Alacaklılar toplanmasında, işyerinin faaliyetine devam edilmesi ve işyerinin faaliyete devam ederken paraya çevrilmesi halinde işyeri devrinin varlığından söz edilmesi mümkünse de devre ilişkin olarak hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 6. maddesinin 6. fıkrasında, açıkça, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde İş Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu hususta İcra ve İflas Kanunu'nda da bir düzenleme bulunmadığında, devre ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelere başvurulması gerekir.

TBK'nın 428. maddesinde,<sup>245</sup> İş Kanunu'nun 6. maddesine benzer bir düzenleme getirilmiş, fakat İş Kanunu'ndan farklı olarak işverenin iflasına ilişkin ayrık

<sup>237</sup> TÜRE, İşverenin İflası, s.82. Bakınız, SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, İşverenin İflas Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşılanaşması Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum, Ankara 2008, s.73.

<sup>238</sup> Ayrıca bakınız ve karşılaştırınız, TÜRE, İşverenin İflası, s.82.

<sup>239</sup> ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.640. Ayrıntılı inceleme için bakınız, SUNGURTEKİN ÖZKAN, s.68, 69.

<sup>240</sup> Ayrıca bakınız, s.629; PEKCANITEZ/ATAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.488.

<sup>241</sup> TÜRE, İşverenin İflası, s.83.

<sup>242</sup> SUNGURTEKİN ÖZKAN, s.69.

<sup>243</sup> SUNGURTEKİN ÖZKAN, s.68.

<sup>244</sup> TÜRE, İşverenin İflası, s.83.

<sup>245</sup> TBK m.428: *"İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile*

bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide, hükmün düzenlenme amacının, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçilerin benzer bir korunmadan faydalanması olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda, gerçek bir kanun boşluğundan bahsedilemeyecektir. İş Kanunu'nun 6. maddesinde dışlanan bir müessese bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir.<sup>246</sup> Bu bakımdan, iflas yoluyla işyerinin tasfiyesinde TBK m.428 hükmünün uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işyerinin faaliyete devam ettirilerek veya kapatılarak satışına, her durumda genel hüküm olarak malvarlığının veya işletmenin devralınmasına ilişkin TBK m.202<sup>247</sup> hükmünün uygulanması icap eder.<sup>248</sup> Bu durum elbette devrin hukuki sonuçları bakımından farklılıkları da beraberinde getirecektir.

İşyerinin iflas yoluyla değil de icra yoluyla tasfiyesi halinde de iflasa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği bu bağlamda cebri icra yoluyla satış da kapsam dışında bırakıldığı ifade edilmektedir.<sup>249</sup>

## IV. İŞYERİ DEVRİ VE ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

### A. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi

Asıl işveren - alt işveren ilişkisi, İş Kanunu'nun 2. maddesinde, *"Bir işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki"* olarak tanımlanmıştır (f.6).<sup>250</sup>

*birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır."*

<sup>246</sup> TÜRE, İşverenin İflası, s.86.

<sup>247</sup> TBK m.202: *"Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar. Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir. Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz."*

<sup>248</sup> TÜRE, İşverenin İflası, s.87.

<sup>249</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Cebri İhale, s.51; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.42; SÖNMEZ TATAR, s.24; URHANOĞLU, s.134; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275.

<sup>250</sup> Ayrıntılı inceleme için bakınız, AYKAÇ, s.42 vd.

Asıl işveren tarafından kendi iş organizasyonu içerisinde sürdürülen asli veya yardımcı faaliyetlerin (işlerin), daha sonra başka bir işveren (alt işveren) tarafından görülmesi halinde, asıl işveren - alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün devri kavramları hukuki ilişkide birbirine yaklaşıp. Benzer şekilde, alt işverene verilen işin, sözleşmenin sona ermesi halinde başka bir alt işveren tarafından görülmeye devam edilmesi halinde de alt işverenler arasındaki ilişki işyeri devrine benzer bir nitelik gösterebilir. Bu başlık altında, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin işyeri devrine sebebiyet verip veremeyeceği, başka bir anlatımla bu iki ilişkinin birbirini dışlayıp dışlamadığı incelenecektir.

## B. Kısmi Devir - Alt İşverenlik İlişkisi

Öğretide bir görüş tarafından, asıl işveren - alt işveren ilişkisi ile işyeri devrinin birbirini dışlayan<sup>251</sup> iki hukuki müessese olduğu görüşü savunulurken, bazı yazarlar bu iki ilişkinin birlikte kurulabileceği görüşünü<sup>252</sup> savunmaktadır.<sup>253</sup>

İşyeri bölümünün devri ile işin alt işverene verilmesi arasındaki ayrımın ortaya konmasında, ilk olarak devrin faaliyetin devriyle mi sınırlı kaldığı yoksa organizasyon alanından tamamen ayrılarak yeni bir organizasyona mı dahil olduğu incelenmelidir.

Devrin faaliyetle sınırlı kalması halinde, işyeri devrine ilişkin açıklamalarımız doğrultusunda, kısmi devrin söz konusu olamayacağı buna karşın alt işveren ilişkisinin kurulabileceği söylenebilir.<sup>254</sup> Devrin, devreden işverenin organizasyon alanından tamamen çıkarak başka bir işverene geçmesi halinde ise alt işveren ilişkisinden bahsedilemezken kısmi devirden söz edilebilmesi mümkündür.<sup>255</sup>

Faaliyet ile birlikte kimliğini koruyan bir organizasyonun devrinde ise işyeri devri ile alt işveren ilişkisi bir arada gerçekleşebilir.<sup>256</sup> İşyerinde yardımcı işlerden sayılan yemek dağıtım işinin, işin görüldüğü mutfak ve araç gereç ile bir başkasına devri halinde hem işyeri bölümünün devri hem de yerine göre asıl işveren alt

<sup>251</sup> EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1/2004, s.21; ŞAHLANAN, s.15; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.234.

<sup>252</sup> EKONOMİ, Kısmi Devir, s.336, 337; DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 2. Bası, İstanbul 2017, s.60; ÖZKARACA, s.94, 95; AYKAÇ, s.178.

<sup>253</sup> Ayrıntılı inceleme için Bakınız, YÜCEL BODUR, Birlikte İşverenlik, s.54.

<sup>254</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.233; SÜZEK, İş Hukuku, s.211.

<sup>255</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.233, 234; SÜZEK, İş Hukuku, s.211.

<sup>256</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.211.

işveren ilişkisi kurulabilmesi, iki ilişkinin birbirini dışlamadığı anlamına gelebilecek şekilde yorumlanmaktadır.<sup>257</sup>

Öğretide alt işverenlik ilişkisinin geçici bir ilişki olmasına rağmen, işyeri bölümünün devrinin kesin ve sürekli nitelikte olması yönünden de işyeri bölümünün devri ve alt işveren ilişkisinin farklılık arz ettiği belirtilmektedir.<sup>258</sup>

### C. Değişen Alt İşverenler Yanında Aralıksız Çalışma

Bir işin ilk defa alt işverene verildikten sonra değişen alt işveren yanında işçinin aralıksız olarak çalışmaya devam etmesini Yargıtay işyeri devri olarak nitelendirmektedir.<sup>259</sup> Yargıtay'ın bu görüşünü sürdürdüğü kararlarında ayrıca değişen alt işverenler yanında çalışmanın işyeri devri teşkil edebilmesi, fasıllı çalışmalar arasında makul bir süre bulunması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>260</sup> Bununla birlik-

<sup>257</sup> Ayrıca bakınız, DOĞAN YENİSEY, Devir, s.163; EKONOMİ, Kısmi Devir, s.344 vd.

<sup>258</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.234.

<sup>259</sup> Yargıtayın yerleşik içtihadı için bakınız, "Dosya içeriğine göre, davalının Ankara Numune Hastanesi işyerinde hizmet alım sözleşmesine göre işçilerini çalıştırdığı, söz konusu ihalenin 31.5.2006 tarihinde sona erdiği, davalının yeni ihaleyi alamadığı, hastane yönetimi ile bu kez Oğtim İnş Tur Medikal Gıda Tem Otom San ve Tic. Ltd. Şti. arasında sözleşme yapıldığı, SSK kayıtları ve tanık anlatımlarına göre de davacının 1.6.2006 tarihinden itibaren ihaleyi alan bu yeni firma nezdinde çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. İşçi ihaleyi kazanan yeni şirketin işverenliğinde çalışmasını sürdürmektedir. Müteahhit değişikliği sadece işyeri devri niteliğindedir, iş sözleşmesinin feshi söz konusu olmadığından, feshe bağlı ihbar-kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarını talep hakkı doğmamıştır. Dairemizin söz konusu isteklerin reddine ilişkin mahkeme kararlarının onanması doğrultusunda E 2007/40325-26, 2008/13357 sayılı ilamları bulunmaktadır. Söz konusu isteklerin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y9HD, E. 2008/14578, K. 2010/295, T. 18.10.2010, kazanci.com.tr. Yargıtayın yerleşik içtihadının isabetli olduğu yönünde Bakınız, ÖZKARACA, Sorumluluk, s.139.

<sup>260</sup> Yargıtay'ın bu husustaki görüşü için bakınız, "Somut uyumsuzlukta mahkemece verilen kararın Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi'nin 09.10.2018 tarihli kararı ile bozulması üzerine, mahkemece bozmaya uygun şekilde araştırma yapıldıktan sonra, davalı ile dava dışı şirketler arasında muvazaaya dayanmayan asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu sonucuna varılarak, davalının asıl işveren sıfatıyla sorumlu olduğu alacak miktarı hüküm altına alınmıştır. Dosya kapsamından, davacının asıl işveren bünyesinde 07/11/2001-30/06/2007 ve 17/04/2009-25/05/2010 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece değişen alt işverenler arasında işyeri devri bulunduğu kabul edilerek, davacının iki dönem çalışmasının toplamı üzerinden son ücret dikkate alınmak suretiyle hesaplanan alacaklar hüküm altına alınmıştır. Dairemiz uygulamasına göre, değişen alt işverenler arasında işyeri devrinden söz edebilmek için işçinin bir alt işverendeki çalışma süresinin sona erdiği tarih ile diğer alt işverendeki çalışma süresinin başladığı tarih arasında (10-15 gün gibi) makul bir süre bulunmalıdır. Makul süreyi aşan bir kesintinin varlığı halinde, alt işverenler arasında işyeri devri bulunduğu kabul edilemeyeceği için, işçinin işyeri devrine bağlı hukuki sonuçlardan yararlanması mümkün değildir. Bu halde işçinin makul süreyi aşan kesintiden sonra başlayan çalışmasının yeni bir iş sözleşmesine dayandığı kabul edilmelidir. Somut olayda davacının 07/11/2001-30/06/2007 ile 17/04/2009-25/05/2010 tarihleri arasında iki ayrı dönem çalışması bulunmaktadır. Bu çalışma dönemlerinin her biri için, o dönemdeki çalışma süresi ve ücret miktarı ile sınırlı olarak zamanaşımı savunması da gözetilerek hesaplama yapılmalıdır. Mahkemece, asıl işverenin sorumlu olduğu alacak miktarı belirlenirken, davacının toplam çalışma süresi ve ikinci dönem sonundaki ücreti üzerinden sonuca gidilmesi hatalı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir. Y9HD, E. 2021/7397, K. 2021/12371, T. 21.9.2021, kazanci.com.tr. Aynı yönde, Y22HD, E. 2017/24463, K. 2017/11027,

te, öğretide isabetle, değişen alt işverenlerin birbiriyle karşılaşmadıkları durumda zımnî anlaşma oluşunun kabulünün güç olduğu, böylesi hallerde İş Kanunu'nun 6. maddesinin kıyasen uygulanmasının gerektiği ifade edilmektedir.<sup>261</sup> Gerçekten de değişen alt işverenler nezdinde çalışmanın doğrudan işyeri devri olarak nitelendirilmesi görüşümüzce maksadını aşan bir yorum metodu olacaktır.<sup>262</sup> Yargıtay kararlarında işyeri devrinin gerçekleşmesine ilişkin kriterlere yer verilse de somut olayda bu kriterler bağlamında inceleme yapılmaksızın 6. maddenin uygulanması öğretide eleştirilmektedir.<sup>263</sup>

Genel kabul, alt işverenler arasında hukuki işleme dayalı bir devir yapılmaması halinde, alt işverenin sürenin sonunda işçilerin sözleşmesini feshetmesi daha sonra bu işçilerin yeni alt işverene bağlı olarak çalışması veya alt işverenin ayrılırken tüm işçilerini de yanında götürmesi halinde işyeri devrinden bahsedilemeyeceği;<sup>264</sup> işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmediği ve devreden işverenin işçileri yanında götürmediği durumda işçilerin çalışmaya devam etmesi halinde ise işyeri devri kabul edilebileceği yönündedir.<sup>265</sup>

Burada son olarak belirtmemiz gerekir ki, devreden işveren tarafından iş sözleşmesi feshedildikten ve kıdeme bağlı alacaklar ödendikten sonra, devralan

T. 15.05.2017.

<sup>261</sup> YILDIZ, Gaye Burcu, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, s.81; SÜZEK, İş Hukuku, s.212, 213. Değişen alt işverenler yanında çalışmanın iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüş için bakınız, MOLLAMAHMUOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.231.

<sup>262</sup> Aynı yönde, ALPAGUT, Gülsevil, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, s.27; TUNCAY, A. Can, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 42.

<sup>263</sup> BAYCIK, Gaye, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, 108, 109.

<sup>264</sup> EYRENCİ, Değerlendirme 2012, s.25. Ayrıca bakınız, ÇANKAYA/ÇİL, Devir, s.496.

<sup>265</sup> EYRENCİ, Değerlendirme 2012, s.25. Kararda, "Alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. İşyeri devrinde, devralan işveren kendi dönemindeki süre ve devraldığı işverende gerçekleşen işçilik alacaklarından, devreden işveren ise kendi dönemindeki gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumludur." ifadelerine yer verilmiştir, Y9HD, E. 2012/18296, K. 2012/33423, T. 08.10.2012, kazanci.com.tr, ayrıca bakınız, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.469.

işveren yanında çalışmaya başlanması halinde, yeni bir iş ilişkisinin kurulduğundan bahsedilmesi gerekir.<sup>266</sup>

#### D. Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşveren Yanında Çalışmaya Devam Etmesi

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından, alt işveren işçilerinin aynı asıl işveren nezdinde değişen alt işveren yanında çalışması mümkündür. Diğer bir ihtimal ise alt işveren işçilerinin, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından, asıl işveren nezdinde çalışmaya devam etmesidir. Öğretide bir görüş tarafından, işçilerin asıl işveren tarafından çalıştırılmaya devam edilmesi halinde, işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması icap eder.<sup>267</sup> Yargıtay da geçmiş tarihli bir kararında, alt işveren işçilerinin, asıl işveren yanında

<sup>266</sup> ÖZKARACA, Sorumluluk, s.140; SÜZEK, İş Hukuku, s.213. "Yapılan bu açıklamalara göre; işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildiri yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın, süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildiri ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir. Diğer yandan, fesih bildiri tek taraflı bir irade beyanı olup, bu beyan belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde süre verilerek sözleşmenin sona erdirilmesinde kullanılabileceği gibi belirli ya da belirsiz süreli sözleşmelerin haklı nedene dayanarak, işçi veya işveren tarafından süre verilmeksizin sona erdirilmesinde de kullanılmaktadır. Bu sebeple iş sözleşmelerinde fesih bildiri, sözleşmeyi belirli bir sürenin geçmesiyle ya da derhal sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olup, muhataba ulaşması ile sonuç doğurur. İş sözleşmelerinde fesih bildiriminde bulunma hakkı, kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Hukuki niteliği itibarıyla fesih bildiri yenilik doğuran bir hak olduğundan ve beyanın karşı tarafa ulaşması ile sonuç doğuracağından, karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı olan fesih bildiri ile iş sözleşmesi sona ereceğinden, bildirim belirlili ve açık şekilde yapılması gerekmektedir. Bu sebeple fesih bildiriminde bulunan tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye isteginin bildirimden açıkça anlaşılması gerekmektedir. Bunun için sözleşmeyi sona erdirmeye açıkça anlaşılmayan teklif veya soru şeklindeki beyanlar fesih bildiri sayılamaz. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı alt işveren S... Yavuz Lpg Elektrik İnş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından davacıya yapılan 15.06.2010 tarihli fesih bildiriminde açıkça, G... Elektrik Dağıtım A.Ş.'den ihale yoluyla aldıkları işin taahhüt süresinin 31.07.2010 tarihinde sona ereceği, anılan tarih itibarıyla iş sözleşmesinin feshedileceği, 18.06.2010 tarihinden itibaren altı hafta süre ile 14.00-16.00 saatleri arasında iş arama izni verildiği bildirilmiş olup, iş sözleşmesinin feshine dair bu bildirim davacı tarafından 15.06.2010 tarihinde tebliğ alınmıştır. Yine dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının asıl işverenden ihale yolu ile iş alan dava dışı şirkette çalışmasına ara vermeden devam ettiği de anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca; süresi sona eren davalı alt işveren tarafından, davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve taraflar arasındaki iş ilişkisinin bu sebeple sona erdiği, davacının dava dışı yeni alt işveren yanındaki çalışmalarının ise yeni bir iş sözleşmesi niteliğinde olduğu anlaşıldığından, mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutularak talep şartları oluşturan kıdem ve yıllık izin alacağına hüküm altına alınması gerekirken aksi yönde karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır." Yargıtay HGK, E. 2014/9-2164 K. 2017/138 T. 25.1.2017, kacanci.com.tr.

<sup>267</sup> Ayrıca bakınız, EKONOMİ, Kısmi Devir, s.331.

çalışmaya devam etmesi halinde, alt işverenin taraf olduğu iş sözleşmesinin sona ermemiş olması nedeniyle, feshe bağlı işçilik alacaklarından alt işverenin sorumlu olmadığına hükmetmiştir.<sup>268</sup> Gerekçenin, Yargıtay'ın değişen alt işverenler yanında çalışmaya ilişkin görüşleriyle benzerlik taşıdığı açıktır. Ne var ki, işyeri devrinin diğer unsurlarına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın kurulan gerekçe görüşümüzce isabetli olmamıştır.<sup>269</sup>

Bizim de katıldığımız görüşe göre, yalnızca, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işçilerin asıl işveren nezdinde çalışmaya devam etmesiyle, işverenler arasında bir işyeri devri olduğu sonucuna ulaşılamaz.<sup>270</sup> Değişen alt işverenler yanında çalışmaya devam etmeye dair görüşlerimiz, bu hususta da geçerlidir. Bu noktada, işçilerin asıl işveren yanında çalışmaya devam etmesinin hukuki sebebi ortaya konularak değerlendirme yapılması gerekir. Örneğin, alt işverene verilen işlerin, asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra, asıl işveren tarafından kendi işçileriyle sürdürülmeye karar verilmesi ve alt işverene ait iş organizasyonunun büyük ölçüde muhafaza edilmesi işyeri devri teşkil edebilir.<sup>271</sup> Bu ihtimal dışında işçilerin asıl işveren yanında çalışmaya başlaması, alt işveren ile olan iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra kurulan asıl işverenin taraf olduğu yeni bir iş sözleşmesine dayanabileceği<sup>272</sup> gibi, yerine göre iş sözleşmesinin devri de söz konusu olabilir.<sup>273</sup>

## E. Asıl İşverenlerin Değişmesi

İşyeri devri kavramının temelinde, işverenin değişmesi bulunur. Bu bakımdan, işçinin işvereni değişmeksizin (alt işveren), değişen asıl işverenler yanında çalışması halinde işyeri devrine ilişkin hükümler uygulanamaz.<sup>274</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de değişen alt işverenler yanında çalışma ile değişen asıl işverenler arasında çalışmayı incelediği bir kararında, "İşçinin asıl işveren

<sup>268</sup> Mülga 1475 s. İş Kanunu döneminde verilen kararda, "Davalılardan O. Limited Şirketi işçisi olarak çalışan davacının adı geçen taşeron şirket nezdindeki çalışmasının 9.3.2000 tarihinde sona erdiği, bu tarihten itibaren davacının asıl işveren olan davalı O. Üniversitesi Rektörlüğü işçisi olarak çalışmasını sürdürdüğü, başka bir anlatımla 9.3.2000 tarihinde hizmet akdinin sona erdirilmediği anlaşıldığından, davalı O. Limited Şirketinin ihbar tazminatından sorumlu tutulması doğru değildir. Diğer taraftan izin ücretinden de taşeronken işyerini 9.3.2000 tarihinde devralan asıl işveren O. Üniversitesi Rektörlüğü 1475 s. Yasanın 53/2. maddesi gereğince sorumlu olduğundan O. Limited Şirketinin izin ücretinden de sorumlu tutulması hatalıdır." ifadelerine yer verilmiştir. Y9HD, E. 2001/8503, K. 2001/11049, T. 28.06.2001, kazanci.com.tr.

<sup>269</sup> Bakınız, AYKAÇ, s.333, dn.531.

<sup>270</sup> Görüşün ayrıntılı incelemesi için bakınız, AYKAÇ, s.333-337.

<sup>271</sup> AYKAÇ, s.334-335.

<sup>272</sup> AYKAÇ, s.333, 334.

<sup>273</sup> AYKAÇ, s.335, 336.

<sup>274</sup> EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2023, s.241. Ayrıntılı inceleme için bakınız, AYKAÇ, s.322 vd.

- alt işveren ilişkisi çerçevesinde değişen alt işverenlere bağlı olarak çalışması hâlinde işyeri devri kurallarına göre sonuca gidilebilir. Ancak, alt işveren değişmediği hâlde asıl işverenin değişmesi, alt işverenin işçisi yönünden işyeri devri şeklinde bir etki yaratmaz. Bir diğer ifade ile bu hâlde alt işveren işçisinin işvereni de işyeri de değişmediğinden işyeri devri kurallarına göre sonuca gidilmez. Alt işveren işçisinin aynı alt işverene bağlı olarak değişen asıl işverenler bünyesinde çalışması hâlinde, her bir asıl işverenin sorumluluğu işçinin çalıştığı süre ve ücret miktarı ile sınırlı olarak belirlenmelidir." demek suretiyle asıl işverenin değişmesinin, alt işveren işçileri yönünden işyeri devri şeklinde bir etki yaratmayacağı şeklinde hüküm kurmuştur.<sup>275</sup>

Asıl işveren - alt işveren ilişkisi devam ederken, asıl işverenin işyerini devretmesi ve alt işveren işçilerinin devralan asıl işveren yanında alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi durumunda, değişen asıl işverenlerin, alt işveren işçisi karşısındaki müteselsil sorumluluğuna da bu noktada kısaca değinmek gerekir. Böylesi bir durumda, devralan asıl işveren, alt işveren işçilerinin devreden asıl işveren yanında çalışmaya başladıkları tarihten itibaren, kanundan, sözleşmeden veya toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarından, alt işveren ile birlikte sorumlu olur.<sup>276</sup> Devralan asıl işveren, alt işveren işçileri yönünden, bu işçilerin devreden asıl işveren nezdinde çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.<sup>277</sup> Devreden asıl işveren ise, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan iki yıl süreyle sorumlu olur.<sup>278</sup>

Burada son olarak belirtmemiz gerekir ki, aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden, iş sözleşmeleri kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, kıdem tazminatları, Kamu İhale Kanunu'nun 62/1-e hükmü kapsamında çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından ödenir. Kıdem tazminatının hesabında, farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınır (İK m.112/2-b).

## SONUÇ

İşyeri devrine konu olan birim, işyerinin tamamı ve işyerinin bir bölümü olabilir. İşyeri, maddi ve maddi olmayan unsurlar ile işgücünün işveren tarafından teknik amaç doğrultusunda bir iş organizasyonu çatısı altında bir araya getirilmesidir. İş Kanunu'nda işyerinin yanında işyeri bölümünün de işyeri devrine konu

<sup>275</sup> Y9HD, E. 2022/11530, K. 2022/11250, T. 05.10.2022, calismavetoplum.org.

<sup>276</sup> AYKAÇ, s.325.

<sup>277</sup> AYKAÇ, s.325.

<sup>278</sup> AYKAÇ, s.325.



olabileceği belirtilmiş ancak işyeri bölümü kavramına Kanunda yer verilmemiştir. Devre konu birim olarak işyeri bölümünün, işyerinde izlenen teknik amaca bağlı ve bu organizasyon dahilinde faaliyette bulunan ancak dahil olduğu organizasyondan bağımsız olarak da kısmi teknik amacını sürdürebilen işyeri birimi olarak tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan, yeterli organizasyona sahip olmak kaydıyla bağlı yerler devir bakımından işyeri bölümü teşkil edebilir. Kural olarak eklentilerin kısmi de olsa bir teknik amacı olmadığından eklentiler işyeri bölümü teşkil etmeyecektir. Tek başına araçların devrinin de kural olarak malvarlığının devri kapsamında değerlendirilmesi uygun olur. Ancak araçların fiili hakimiyeti yanında, aracın özgülediği faaliyet alanı ve yöneltildiği müşteri portföyünün de devredildiği durumlarda, araçların devri işyeri devri olarak nitelendirilebilir.

İş Kanunu'nun Gereğesinde belirtildiği üzere 2001/23/EU sayılı Direktif işyeri devrine ilişkin olarak öğretide ve uygulamada yol gösterici kabul edilmiştir. Direktifin temel aldığı nokta, ekonomik birliğin korunmasıdır. Buradaki ekonomik birlik kavramını, işyeri organizasyonunu meydana getiren maddi ve maddi olmayan unsurlar ile işgücünün sürekli bir amaca özgülenmesi vasfının korunması olarak değerlendirmek mümkündür. Ekonomik birliğin korunup korunmadığının araştırılmasında, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından uygulanan ve Yargıtay'a da tesir eden kriterler uyarınca, işyeri ve işletmenin türü; maddi unsurların, maddi olmayan unsurların, işgücünün, müşteri portföyünün devri ile teknik amacın devamlılığı ve faaliyete ara verme süresi dikkate alınmaktadır. Bu kriterlerin tamamının somut olayda gerçekleşmesi gerekmediği gibi izlenen teknik amaca göre her bir kriterin ekonomik birliğin korunmasına etkisi de değişebilir.

İş Kanunu hukuki işlem dışındaki devirleri kapsamı dışında bırakmış, yalnızca hukuki işleme dayalı olarak gerçekleştirilen devirler hakkında uygulanacak hükümleri belirlemiştir. Bu bakımdan, işveren değişikliğine sebep olmak kaydıyla, satım, kiralama, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi gibi iki taraflı hukuki işlemler, bağışlama gibi iki taraflı ivazsız hukuki işlemler ile özelleştirme, devletleştirme, imtiyaz gibi işlemler işyeri devri teşkil edebilir.

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi halinde öğretide bir görüşçe faaliyetle birlikte organizasyonel birlikteliğin de devredilmesi halinde asıl işveren - alt işveren ilişkisi ile işyeri devri bir arada bulunabilir. Yargıtay'ın değişen alt işverenler yanında çalışmayı, ekonomik birliğin korunmasına yönelik kriterler bağlamında değerlendirme yapmaksızın işyeri devri olarak nitelendirdiği kararlar, görüşümüzce eleştiriye açıktır. Bununla birlikte, değişen asıl işverenler yanında çalışma halinde, işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanmamasının benimsenmesinin isabetli olduğu söylenmelidir. Değişen asıl işverenler yanında çalışma,

asıl işverenin işyerini hukuki işleme dayalı olarak bir başkasına devretmesinden kaynaklanıyor ise, devreden ve devralan asıl işverenlerin, alt işveren ile birlikte sorumluluğunun belirlenmesi noktasında, işyeri devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Adi ortaklıkta ortaklardan birinin ortaklıktan çıkması veya hisselerini devretmesi halinde, öğretideki baskın görüşe göre sorumluluğun belirlenmesi bakımından işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecekken, görüşümüze, işveren sıfatında bir değişiklik meydana getirmeyen bu durumda işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması uygun olmaz. Tüzel kişiliğe haiz ortaklıklarda ise, tüzel kişilik aynı kalmak kaydıyla, meydana gelen hisse devirleri işyeri devri teşkil etmeyecektir. Sermaye şirketlerinin birleşmesi, katılması, bölünmesi ve devredici tür değiştirme işlemleri İş Kanunu anlamında işyeri devri teşkil etmekle birlikte, birleşme, katılma ve tür değiştirme işlemleri hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Kanunda açıkça belirtilmese de tam bölünme halinde de bölünen şirketin tüzel kişiliği bölünme sonucunda sona ereceğinden müteselsil sorumluluğun uygulanması imkanı bulunmaz. Şekil değiştirici tür değiştirme işlemlerinde ise tüzel kişi işveren değişmeksizin yalnızca hukuki kalıbı değişmekte, bu bakımdan işyeri devri teşkil etmemektedir.

İşverenin ölümü halinde mirasçılarının işverenin sözleşmedeki yerini alması külli halefiyet ilkesi doğrultusunda ölüm ile kendiliğinden gerçekleşmekte olup, burada işyeri devrine ilişkin hükümler uygulanmaz. İşyerinin vasiyet alacaklısına devri ise cüz'i halefiyet kapsamında değerlendirilmeli, İş Kanun'u anlamında bir işyeri devri olarak kabul edilmelidir. İşverenin iflası halinde, alacaklılar toplanmasında alınan karar doğrultusunda, işyerinin kapatılarak ve ekonomik bütünlüğü korunarak tasfiye edilmesi mümkündür. İşyerinin ekonomik bütünlüğünün korunarak tasfiyesine karar verilmesi halinde, tasfiyeye kadar geçen süreçte iflas idari işverenin yerini alır ancak bu durum işyeri devri teşkil etmez. Tasfiye sonucunda işyerinin üçüncü bir kişiye devri durumunda da malvarlığı ve Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığı ve işletmenin devralınmasına ilişkin 202. maddesinin uygulanması icap eder.

## KAYNAKÇA

- AKI, Erol, "İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 29. (5-12).
- AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 2. Bası, Ankara 2016.
- ALP, Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", Çalışma ve Toplum, 2012/1. (51-74).
- ALPAGUT, Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012. (1-82) (2010 Değerlendirme).
- ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, Ankara 2021.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 9. Bası Ankara 2023.
- ASTARLI, Muhittin, Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı, Ankara 2019. (İşkolu).
- ASTARLI, Muhittin, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum, 2013/1. (69-105) (İtiraz Hakkı).
- AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, Ankara 2023.
- AYKAÇ, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.
- BAŞBUĞ, Adnan / YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2018.
- BAŞTERZİ, Süleyman, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, İstanbul 2021. (21-141).
- BAYCIK, Gaye, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018. (7-356).
- BAYCIK, Gaye, "Rödövens Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, Ed. Süleyman BAŞTERZİ, İstanbul 2011. (1895-1956).
- CANBOLAT, Talat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri" 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu, Ed. Cengiz KÖSEOĞLU, Ankara 2016. (24-59).
- CENTEL, Tankut, "İşyerinin Bir Bölümünün Devri"nde Fiziki Mekan", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 9. (5-9).

- CİVAN, Orhan Ersun, “*Makineyle Birlikte İşçi Devri*”, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT’e Armağan, Ed. Kübra DOĞAN YENİSEY, İstanbul 2019. (973-1010).
- ÇANKAYA, Osman Güven / ÇİL, Şahin, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, 3. Bası, Ankara, 2011. (Üçlü İlişkiler).
- ÇANKAYA, Osman Güven / ÇİL, Şahin, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İşyeri Devri”, *Yargıtay Dergisi*, C: 32, S: 3. (387-424) (Devir).
- ÇENBERCİ, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Bası, Ankara 1986.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, 34. Bası, İstanbul 2021.
- ÇİÇEK, Mustafa, *İşyerinin Devri*, 2. Bası, Ankara 2021.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “*İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi*”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, 2. Bası, İstanbul 2017. (7-146) (2013 Değerlendirme).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “*İşyerinin Devri Bakımından ‘İşyeri’ Kavramı*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum, Ed. Ali GÜZEL, Deniz UGAN, İstanbul 2009. (127-168) (Devir).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme - Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, İstanbul 2007. (İşyeri ve İşletme).
- DULAY, Dilek, “*İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri*”, *İSGHD*, C: 8, S: 32. (1373-1393).
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, İstanbul 2018.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, *Bireysel İş Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2023.
- EKMEKÇİ, Ömer, “*Şirketlerin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi, İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi*”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2011, S. 24. (154-159).
- EKONOMİ, Münir, *İş Hukuku Cilt 1 Ferdi İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1984. (İş Hukuku).
- EKONOMİ, Münir, “*İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi*”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan*, Ankara 2000. (325-361) (Kısmi Devir).
- EKONOMİ, Münir, “*İşyerinin Kapatılması*”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, Ankara 2006. (409-457) (Kapatılması).
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, *Türk Miras Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2023.
- ERENER YILMAZ, Ebru, *İşyeri Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi*, Ankara 2023.
- ERTAN, Emre, “*İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi*”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S: 48. (129-144).
- ERTÜK, Şükran, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, Ankara 2022.
- ESENER, Turhan, *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1978.

- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra, İş Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2020.
- EYRENCİ, Öner, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014. (1-42) (2012 Değerlendirme).
- EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1/2004. (15-56).
- GÖNEN, Doruk, Mirasın Paylaştırılması, Ankara 2023.
- GÜLER, Şerafettin, Mütessesil Sorumluluk İlkesinin İş Kanunu'ndaki Uygulaması, Ankara 2021.
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukukunun Esasları, Ankara 2023.
- GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.
- GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 15, Özel Sayı. (147-199).
- HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2022.
- İNANÇ, Mehmet / AVCI, Fatih, "İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar", ÇÜHAD, 2024/5. (43-91).
- KAPLAN SENYEN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 13. Bası, Ankara 2023. (İş Hukuku).
- KAPLAN SENYEN, E. Tuncay, "İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 29. (24-39) (Devir).
- KAYIK AYDINALP, Aslıhan, İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, İstanbul 2017.
- KILIÇ, Şebnem, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre İşyeri Devrine İlişkin Değişiklikler ve Yenilikler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 167. (153-198).
- KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi Cilt 1, 2. Bası İstanbul 2008.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, "Özelleştirme ve İş Kaybı Tazminatı", A. Can TUNCAY'a Armağan, Ed. Mehmet UÇUM, İstanbul 2005. (91-126) (Özelleştirme).
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004. (Kapanma).
- MANAV ÖZDEMİR, Eda, "Hisse Devrinin İş Kanunu'nun 6'ncı Maddesi Çerçevesinde İşyeri Devri Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 47. (98-116).

- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, “İşyerinin Cebri İhale ile Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 16. (47-52). (Cebri İhale).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş - İçerik - Sona Erme), Ankara 1995. (Hizmet Sözleşmesi).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2022.
- ÖZKARACA, Ercüment, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk Karar İncelemesi”, Çalışma ve Toplum, 2009/1. (131-161) (Sorumluluk).
- ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008. (İşyeri Devri).
- ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örnekler), 13. Bası, Ankara 2023.
- ÖZTÜRK, Berna, “Sözleşmenin Devri”, TBB Dergisi, 2016/125. (263-269).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, İstanbul 2023.
- PEKSÖZ, Vildan, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2022.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara 2022.
- REİSOĞLU, Seza, “İşyerinin Bir Diğer İşverene Devrinin Hizmet Akitlerine Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan II, Ed. H. Fehin ÜÇİŞİK, Ahbdullah DİNÇKOL, Nurşen CANIKLIOĞLU, İstanbul 2001. (1281-1288).
- SAYMEN, H. Ferit, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara 2011.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, İşverenin İflas Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşılama Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum, Ankara 2008.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Bası, Ankara 2019.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2021. (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper, “İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 15, Özel Sayı. (311-330) (Devir).
- SÜZEK, Sarper, “Türk İş Hukukunda İşveren”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, 2010. (17-26).
- ŞAHLANAN, Fevzi, “İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku & İktisat Dergisi, C: 16, S. 4-5. (14-24).
- ŞAKAR, Müjdat, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 6. Bası, Ankara 2011.

- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara 2022.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk İş Hukuku Cilt 1, 2. Bası, İstanbul 1975. (İş Hukuku).
- TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, İstanbul 2018.
- TÜRE, Gökhan M., Türk İş Hukukunda İşverenin İflası, Ankara 2017. (İşverenin İflası).
- TÜRE, Gökhan, İş Sözleşmesinin Kurulması (İşçinin İşe Alınması), Ankara 2021. (Kurulma).
- TÜRE, Gökhan, "İşçinin İtiraz Hakkının Kapsamı Üzerine", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2021/3. (1937-1961).
- ULUCAN, Devrim, "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeniyle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006. (65-83) (Devir).
- URHANOĞLU, İftar, "İşyeri Devrinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar", SÜHFD, C. 30, S. 1, (123-159).
- UŞAN, Muhammed Fatih / ERDOĞAN, Canan, "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından Sorumluluğu, TFM, C: 8, S: 1. (1-26).
- UYUMAZ, Alper / GÜNGÖR, Fatma, "Rödövans Sözleşmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S.4. (145-185).
- UZUN, Pınar, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Sonuçları ve Diğer Üçlü İş İlişkileriyle Karşılaştırılması", EÜHFD, C. XVII, S. 1-2. (285-311).
- YILDIRIM, Dilan, Türk İş Hukukunda Tüzel Kişiliği Olmayan İşveren Kavramı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İş ve Sosyal Güvenlik Tezli Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023.
- YILDIZ, Gaye Burcu, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017. (19-180) (2015 Değerlendirme).
- YILDIZ, Gaye Burcu, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, İstanbul 2023. (11-116) (2021 Değerlendirme).
- YÜCEL BODUR, Mehtap, "Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı ile Alt İşveren İlişkisi - İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S: 2. (37-77) (Devir).
- YÜCEL BODUR, Mehtap, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, İstanbul 2018. (Birlikte İşverenlik).

**Mahkeme Kararları**

- Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.06.1995.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-13/95.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-171/94.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-172/94.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-209/91.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-234/98.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-287/86.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-340/01.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-392/92.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2006/617, K. 2006/642, T. 11.10.2006.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/9-2164 K. 2017/138 T. 25.1.2017.
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2015/19228, K. 2017/6485, T. 9.10.2017.
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2016/1371, K. 2018/2754, T. 29.03.2018.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2014/24696 K. 2014/33391 T. 26.11.2014.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/24463, K. 2017/11027, T. 15.05.2017.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 25.05.2022, E. 2022/5350, K. 2022/6532.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2001/8503, K. 2001/11049, T. 28.06.2001.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/14578, K. 2010/295, T. 18.10.2010.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/14578, K. 2010/295, T. 18.10.2010.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/10676 K. 2009/33101 T. 2.12.2009.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/999, K. 2010/39076, T. 20.12.2010.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2011/33206, K. 2013/28313, T. 05.11.2013.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2012/18296, K. 2012/33423, T. 08.10.2012.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2014/139, K. 2015/13767, T. 9.4.2015.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2014/21107 K. 2014/29479 T. 13.10.2014.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2014/23021 K. 2014/36630 T. 2.12.2014.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/14067 K. 2016/11204 T. 3.5.2016.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/30897, K. 2021/595, T. 13.1.2021.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2019/7094 K. 2019/19411 T. 7.11.2019.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2021/7397, K. 2021/12371, T. 21.9.2021.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/11530, K. 2022/11250, T. 05.10.2022.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/8506, K. 2023/591, T. 14.3.2023.



***Elektronik Kaynaklar***

<https://curia.europa.eu/>.

<https://dergipark.org.tr/>.

<https://www.calismatoplum.org/tr/>.

<https://www.jurix.com.tr/>.

<https://www.kazanci.com.tr/>.

<https://www.legalbank.net/>.

<https://www.lexpera.com.tr/>.

<https://www.mess.org.tr/>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/>.



# **Kamu Hukuku**

---



# Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişisel Verilere Yönelik İhlallere Karşı Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar<sup>(\*)</sup>

## Crimes Provided in the Turkish Penal Code Against Violations Towards Personal Data Under the Personal Data Protection Law

Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Makalede, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamına giren hallerde, kişisel verilere yönelik ihlallerin hangi ceza hukuku normlarıyla korunduğunun genel bir çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır.

Söz konusu amaçtan hareketle, konu başlıkları altında ayrıntılı incelemelere yer verilerek, temel esaslar üzerinde durulduktan sonra, sorunlu alanlar irdelenmiştir.

Bu kapsamda çalışmada, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun kapsam ve sınırları ele alınmış, Kanunda yer alan hukuka uygunluk nedenlerine değinilmiş ve söz konusu Kanun uyarınca korunan kişisel verilere yönelik suç teşkil eden fiiller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135-140. maddeleri kapsamında incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler:

Kişisel Veri, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Veri Sorumlusu, Veri İşleyen, Türk Ceza Kanunu.

### Abstract:

In this article, an attempt was made to create a general framework by which criminal law norms protect violations of personal data in cases falling within the scope of the Personal Data Protection Law.

Based on this purpose, instead of detailed examinations under subject headings, after focusing on the basic principles, problematic areas were examined.

In this context, in the study, the scope and limits of the Personal Data Protection Law were discussed, the reasons for compliance with the law were mentioned, and criminal acts against personal data protected in accordance with the Personal Data Protection Law, within the scope of the articles by 135-140 of the Turkish Penal Code No. 5237 were examined.

### Keywords:

Personal Data, Personal Data Protection Law, Data Controller, Data Processor, Turkish Penal Code.

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 22.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 24.05.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: aygun.ezgi@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5413-2485>.

## GİRİŞ

Geçen yüz yılda hızla gelişen teknoloji ve geliştikçe küçülen dünya, kişisel verilerin elde edilmesi ve yayılmasını aynı ölçüde kolaylaştırmış, bununla paralel olarak da kişisel verilerin ihlallere karşı korunması ihtiyacı artmıştır.

Bu ihtiyacın yanı sıra teknolojik gelişmelerle uyumlanma çabası içinde olan insan hakları düşüncesi, özel hayat alanını kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü veri bu kapsama dahil olacak şekilde genişleterek ihlallere karşı korunmak çabası içine girmiş, bu çaba, uluslararası ve ulusal düzenlemelerle hukuk düzeninde görünür kılınmıştır.

Kişisel verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişilerin, bu verileri hukuka aykırı olarak işlemeleri ya da işlemlerini gerektiren sebepler ortadan kalkmış olmasına rağmen bu kişisel verileri silmemeleri, yok etmemeleri veya anonim hale getirmemeleri halinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) uyarınca sorumlulukları doğar. İşlenen hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmesi halinde ise sorumlular, TCK hükümleri uyarınca cezalandırılır.

Çalışma, insan haklarının geldiği nokta itibarıyla Türk hukuk sisteminde insanı ferdileştirerek diğerinden ayıran ve biricik kılan kişisel veriler arasından, KVKK'nın koruduğu kişisel verilere yönelik ihlallere karşı bu verilerin, ceza hukuku kapsamında hangi normlar altında, hangi sınır ve şartlarla korunduğuna yönelik bir çerçeve sunmaktadır.

## I. KAVRAM VE KAPSAM

Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü veri kişisel veridir.<sup>1</sup>

Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri ise KVKK kapsamında özel nitelikli kişisel veriler olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>2</sup>

KVKK'nın 17. maddesi uyarınca; kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nın 135-140. madde hükümleri uygulanır.

TCK m.135 uyarınca kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, TCK m.136 uyarınca verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, TCK

<sup>1</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun (KVKK) m.3/1-d. Ayrıca bkz., Zeki Ha-fizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 287; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 357.

<sup>2</sup> KVKK m.6/1.

m.138 gereği ise ilgili süreler geçmesine karşın verileri yok etmeme suç olarak düzenlenmektedir.

TCK m.135/2, KVKK kapsamında özel nitelikli veri sayılan söz konusu verilerden yalnızca kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse- nin cezasını suçun nitelikli hali olarak görmekte, diğer kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi halini ise aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca suçun basit halinin gerektirdiği ceza ile cezalandırmaktadır. Şu halde kişilerin etnik köken, mezhep ve diğer inançları, kılık kıyafeti, dernek ve vakıf üyeliği ile ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik<sup>3</sup> ve genetik<sup>4</sup> verileri TCK kapsamında “özel nitelikli” görülmemektedir. Kanaatimizce olması gereken özel nitelikli veriler bakımından TCK ile KVKK arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi ve KVKK’da bahsi geçen özel nitelikli kişisel verilerin tümünün hukuka aykırı kaydedilmesi, verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi ya da yok edilmesinin TCK kapsamında suçların nitelikli hali olarak düzenlenmesidir.<sup>5</sup>

Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem kişisel verilerin işlenmesi demektir.<sup>6</sup> Ancak TCK, hukuka aykırı olan her tür veri işleme halini değil, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi şeklinde sübut

<sup>3</sup> 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) uyarınca biyometrik veriler; gerçek bir kişinin fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin belirli teknik işlemlerden kaynaklanan, yüz görüntüleri veya daktiloskopi verileri gibi söz konusu gerçek kişinin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına izin veren veya doğrulayan kişisel veriler anlamına gelir (GDPR m.4/14, <https://gdpr-info.eu>, erişim tarihi: 14.04.2024).

<sup>4</sup> Bireye ait genomdan, hücre çekirdeğinden ya da mitokondrisinden kodlanan DNA ve RNA diziliminin tamamı ile Protein diziliminden elde edilen bilgilerin tamamı ya da bir kısmı genetik veri olarak değerlendirilmektedir. DNA ve/ya RNA’da meydana gelen germline veya somatik tüm genomik değişiklikler de genetik veri kapsamında değerlendirilmektedir. (Sağlık Bakanlığı, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Genetik Veri Paylaşımı Genelgesi, 2021/14). GDPR uyarınca da genetik veriler; bir gerçek kişinin fizyolojisi veya sağlığı hakkında benzersiz bilgi veren ve özellikle gerçek kişiden alınan biyolojik bir numunenin analizinden kaynaklanan, bir gerçek kişinin kalıtsal veya edinilmiş genetik özelliklerine ilişkin kişisel veriler anlamına gelir (GDPR m.4/13, <https://gdpr-info.eu>, erişim tarihi: 14.04.2024). O halde en azından genetik hastalıklara ilişkin olmadığı müddetçe genetik veriyi sağlık verisi olarak kabul etmek mümkün değildir.

<sup>5</sup> Bkz., aynı yönde Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020, s. 592.

<sup>6</sup> KVKK m.3/1-e.

bulan işleme hallerini cezalandırmaktadır.<sup>7</sup> Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği diğer haller ise “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinden hareketle TCK m.135 ve 136 kapsamında suç kabul edilemeyecektir.<sup>8</sup> Bilişim suçlarına ilişkin hükümler<sup>9</sup> ile idari<sup>10</sup> ve hukuki sorumluluk halleri saklıdır.

Verileri yok etmeme, TCK'nın 138. maddesi kapsamında suç kabul edilirken, verileri şartları olduğu halde silmemek veya anonim hale getirmemek, KVKK'nın 17/2. maddesinin TCK'nın 138. maddesine yaptığı atıf gereği suç kabul edilmekte ve verileri yok etmeme suçunun cezasıyla cezalandırılmaktadır. KVKK'nın 17/2. maddesini; hükmü olan, ancak müeyyidesi TCK'nın 138. maddesinde ifade olunan bir eksik ceza normu (norma incompleta/imperfecta)<sup>11</sup> olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır.

KVKK kapsamına girip de KVKK'nın TCK'ya yaptığı atıf gereği kişisel verilerin ihlal edildiği iddiası ile yürütülen kovuşturmalarda suçun unsurlarını inceleyen mahkeme hukuka aykırı bir fiilin mevcut olup olmadığını incelerken KVKK'da düzenlenen özel hükümlerin ihlalinin söz konusu olup olmadığını da araştırmalıdır. Zira ancak bu yolla verilerin hukuka aykırı olarak işlenip işlenmediği belirlenebilecektir. Aynı şekilde TCK'da açıkça zikredilen hukuka uygunluk sebepleri arasında yer almamakla birlikte KVKK'da kişisel veriler özelinde ifade olunan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının da somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde araştırılması gerekmektedir.

Kişisel veriler, ancak KVKK<sup>12</sup> ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun bir şekilde işlenebilir.

KVKK kapsamında bir veri sorumlusu ve veri işleyen söz konusu değilse ya da kısmen ya da tamamen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin

<sup>7</sup> Bkz., TCK m.135-136.

<sup>8</sup> Murat Volkan Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016; s. 163.

<sup>9</sup> Bkz., TCK m.243 vd.

<sup>10</sup> Kabahatler bakımından bkz., Zeynel Temel Kangal, Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması, İstanbul 2019, s. 177 vd.

<sup>11</sup> Bkz., Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, PG, Milano 2000, s. 54; Zeki Hafizoğulları, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 280.

<sup>12</sup> KVKK m.4 uyarınca;

(1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.



parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla gerçekleştirilen bir kişisel veri işleme faaliyeti yoksa Kişisel Verilerin Korunması Kurulu (Kurul), kendisini yetkili ve görevli görmemektedir.<sup>13</sup> KVKK kapsamına girmediğinden bu Kanun uyarınca suç kabul edilmeyen kişisel veri ihlallerinin şartları varsa genel düzenleme olan TCK kapsamında suç kabul edilmesi mümkündür.

## II. ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZENLEMELER

Kişisel verilerin güvenliği verinin niteliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle ulusal ve uluslararası düzenlemelerle korunmakta, bu verilere yönelik ihlaller bazı hallerde kabahat,<sup>14</sup> bazı hallerde ise suç<sup>15</sup> kabul edilmektedir. Kişisel veri ihlalleri özel hukuk kapsamında tazminat davasına da konu olabilmektedir.

1953 yılında İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile özel hayat alanının korunması esnasından hareketle uluslararası arenada koruma altına alınan kişisel veriler, takip eden yıllarda kişisel veriler özelinde biçimlenen uluslararası düzenlemeleri beraberinde getirmiş, OECD'nin Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri (23 Eylül 1980), 108 No.lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (28 Ocak 1981), BM'nin Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri (14 Aralık 1990), 95/46EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi (25 Ekim 1998) ve 181 No.lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine Ek Denetleyici Makamlar ve Sınır Aşan Veri Akışına İlişkin Protokol (8 Kasım 2001) bu alanda öncü çalışmalar olarak ortaya çıkmıştır. Son olarak 25 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 95/46EC Sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ile Avrupa Birliği ve Avrupa Ekonomik alanı içindeki bireylerin veri güvenliğinin korunması amaçlanmıştır. Türkiye'de kurulu dahi olsa Avrupa Birliği ülkeleri ile ticari faaliyet yürüten ya da Avrupa Birliği vatandaşlarının kişisel verilerini işleyen şirketlerin tüzük ile uyumlu hareket etmeleri gerekmektedir.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik ulusal düzenlemeler ise başta özel hayatın gizliliği kapsamında Anayasa'nın 20/3. maddesi<sup>16</sup> ile korunan "kişisel verilen

<sup>13</sup> Bkz., 1.3.2019 tarih ve 2019/47 sayılı Kurul kararı, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

<sup>14</sup> KVKK m.18.

<sup>15</sup> KVKK m.17.

<sup>16</sup> Bkz., 1982 tarihli T.C. Anayasası (Anayasa) m.20/3.

korunmasını isteme hakkı” olmak üzere, KVKK, TCK, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu,<sup>17</sup> 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, ilgili Yönetmelik ve Tebliğler olarak sıralanabilir.<sup>18</sup>

Öte yandan KVKK'nın hazırlanması sürecinde Genel Veri Koruma Tüzüğü hükümlerinin değil, o dönemde yürürlükte bulunan 95/46EC sayılı Direktif hükümlerinin etkili olduğu görülmektedir. Ancak Genel Veri Koruma Tüzüğü ile Direktif yürürlükten kaldırılmıştır. Tüzük, 95/46 no.lu Direktif'le kıyaslandığında, özellikle sorumluluklar, yaptırımlar, kişi hakları ve veri koruma tedbirleri açısından daha kapsamlı düzenlemeler getirdiği göze çarpmaktadır. Nitekim Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden sonra çeşitli eylem planlarında, 6698 sayılı Kanunun, Tüzük nazara alınarak güncellenmesi hedefine yer verilmiş ve bu kapsamda 7499 sayılı Kanunla öncelikle ihtiyaç duyulan özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları ile yurtdışına veri aktarımına ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmıştır.<sup>19</sup> Öte yandan veri işleyen artırılmış sorumluluk rejimine ve tazminat hakkına, unutulma hakkının düzenlenmesine, idari para cezalarına ilişkin yaptırımların artırılmasına, veri koruma etki değerlendirmesi ve risk analizi yapılmasına, verilerin kriptolanması ve takma ad verilmesi gibi veri güvenliği kontrol çerçevesi oluşturulmasına yönelik hükümler, Tüzükte getirilen diğer önemli düzenlemeler arasındadır.<sup>20</sup> Söz konusu hususların, KVKK ile alt düzenleyici işlemlere ve uygulamaya yansıtılması faydalı olacaktır.

### III. KİŞİSEL VERİLERE KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA FAIL, MAĞDUR, MADDİ KONU VE HUKUKİ KONU

Kişisel verilerin kaydedilmesi ve verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarında herkes fail olabilir. Suçlar bu açıdan özgü suç özelliği göstermezler.<sup>21</sup> Ancak KVKK kapsamında meydana gelen ihlallerde fail, somut olayın koşulları dahilinde veri sorumlusu veya veri işleyen olabilecektir. Diğer kişilerse

<sup>17</sup> Bkz., 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.24,25.

<sup>18</sup> Ayrıca bkz., 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m.6,9; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m.2,9,11; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu m.5.

<sup>19</sup> 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, genel gerekçe.

<sup>20</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için; 95/46/AT sayılı Direktif'i yürürlükten kaldıran, gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi bakımından korunması ve bu tür verilerin serbest dolaşımı hakkında 27 Nisan 2016 tarihli ve (AB) 2016/679 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Genel Veri Koruma Tüzüğü), <https://www.ab.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

<sup>21</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 287, 289; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 243, 249; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 587, 597.

eğer şartları varsa suça iştirak eden sıfatıyla azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.<sup>22</sup>

KVKK uyarınca veri sorumlusu; “kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu gerçek veya tüzel kişiyi,<sup>23</sup> veri işleyen ise veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi<sup>24</sup> ifade eder. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişi aynı zamanda hem veri sorumlusu hem de veri işleyen olabilir. Kişisel verilerin veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak ve onun adına veri işleyen tarafından işlenmesi hâlinde, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirlerin alınması hususunda veri işleyen veri sorumlusu ile birlikte müştereken sorumludur.<sup>25,26</sup>

Türkiye’de yerleşik olan tüzel kişilerin Kanun kapsamındaki veri sorumlusu yükümlülükleri, ilgili mevzuat hükümlerine göre tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili organ veya ilgili mevzuatta belirtilen kişi veya kişiler marifetiyle yerine getirilir. Tüzel kişiliği temsile yetkili organ, Kanunun uygulanması bakımından yerine getirilecek yükümlülükler ile ilgili olarak bir veya birden fazla kişiyi görevlendirebilir. Bu görevlendirme Kanun hükümleri uyarınca tüzel kişiliğin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Türkiye’de yerleşik olmayan veri sorumlusunun, veri sorumlusu temsilcisi atanmasına ilişkin yetkili organı veya kişisi tarafından alınacak kararın tasdikli örneği, kayıt başvurusu sırasında veri sorumlusu temsilcisi tarafından Kuruma sunulur.<sup>27</sup>

Ancak burada tüzel kişiliğin idari ve hukuki sorumluluğu doğabilirse de cezai sorumluluk açısından değerlendirildiğinde kural olarak tüzel kişi suçun faili ola-

<sup>22</sup> TCK m.39 uyarınca; “(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”.

<sup>23</sup> KVKK m.3/1,ı.

<sup>24</sup> KVKK m.3/1,ğ.

<sup>25</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, Ankara 2018, s. 110, <https://kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 15.04.2014.

<sup>26</sup> “Müştereken” ifadesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Serdar Çelikel, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Ankara 2022, s. 136 vd.

<sup>27</sup> Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik m.11.

mayacağından tüzel kişi adına ve yararına hukuka aykırı hareket eden gerçek kişi suçun faili olacaktır. Tüzel kişilik adına gerçekleştirilen kişisel veri ihlalleri bakımından eğer şartları varsa tüzel kişiliğe yönelik iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkündür.<sup>28</sup>

Somut olay dahilinde veri sorumlusunun ve veri işleyeninin cezai sorumlulukları kasten işlenebilen bu suçlarda kusurlarının varlığına ve suça iştirake ilişkin genel hükümlere göre çözümlenecektir.

Bu kapsamda veriyi kasten hukuka aykırı işleyen kendisi olması durumunda gerçek kişi olan veri sorumlusu veya veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri kasten hukuka aykırı işleyen gerçek kişi ya da veriyi işleyen tüzel kişilik adına hareket eden ancak bu verileri kasten hukuka aykırı işleyen gerçek kişi suçun faili olabilir. Suça iştirakin söz konusu olması halinde ise veri işleyen olmayan veri sorumlusu gerçek kişi ya da veri sorumlusu olan tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili gerçek kişi veya bu yetki bir organdaysa organ tarafından görevlendirilen kişi veya ilgili mevzuatta belirtilen gerçek kişi ya da kişiler kasten hareket etmeleri halinde veri işleyeninin kafasına söz konusu suçu işleme fikrini sokmuşlarsa suça azmettiren,<sup>29</sup> fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurmuşlarsa müşterek fail<sup>30</sup> olarak sorumlu tutulabilirler. Veri sorumlusunun suç işleme kastıyla veri işleyeni suçta araç olarak kullandığı ancak veri işleyeninin hukuka aykırı veri işlediğini bilmediği ve bunu istemediği, bir başka deyişle suç işleme kastını ortadan kaldıran esaslı hataya düştüğü hallerde ise veri sorumlusunu dolaylı fail olarak sorumlu tutmak mümkün olabilir.<sup>31</sup> Öte yandan kanaatimizce söz konusu suçların taksirli şekli olmadığından böyle bir durumda veri işleyen, hataya düşmekte kusurlu dahi olsa yeter ki hukuken hataya düşmüş kabul edilebilsin, cezai sorumluluğu doğmayacaktır.

Yapay zekâ teknolojileri kullanılmak suretiyle verilerin işlendiği durumlarda da sorumluluk yukarıda açıklanan kastsalardan hareketle bu teknolojilerin kullanılmasından sorumlu olan veri sorumlusu ve/veya veri işleyende olmalıdır. Şu kadar

<sup>28</sup> Bkz., TCK m.140.

<sup>29</sup> TCK m.38 uyarınca; "(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır".

<sup>30</sup> TCK m.37 uyarınca; "(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır".

<sup>31</sup> Hasan Sınar, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011, s. 64; Zahit Yılmaz, Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2018, s. 158, Özgün Özyüksel, Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2020, s. 130 vd.

ki söz konusu teknoloji algoritmalar ve yazılımlarla oluşturulduğundan bu kötü amaçlı algoritma ve yazılımları yapan ve yazarların suç işleme kastıyla hareket ettikleri hallerde şartları varsa suça iştirak kalıbında sorumlulukları doğabilecektir. Söz konusu kişilerin, veri sorumlusu ve veri işleyen suç işleme kastının olmadığı istisnai durumlarda dolaylı fail olarak sorumlu tutulması da düşünülebilir.

“Kişisel verilerin kaydedilmesi” ve “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçlarının TCK’nın 137. maddesinde<sup>32</sup> işaret edilen kimseler tarafından işlenmesi, cezayı artıran bir nedendir.

Verileri yok etmeme suçunun faili, sadece kanunla kendilerine kişisel verileri konuldukları sistem içinde yok etmekle, silmekle ya da anonimleştirmekle yükümlü kılınan kimse veya kimseler olur.<sup>33</sup> KVKK kapsamında kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hale getirilmesi yükümlülüğü veri sorumlusundadır.<sup>34</sup> Suçun faili tüzel kişi olamayacağından veri sorumlusunun gerçek kişi olmadığı hallerde veri sorumlusu yetkisiyle hareket eden gerçek kişinin suçun faili olması mümkündür. Bu yönüyle söz konusu suç, özgü suçtur. Suça iştirak söz konusu ise özgü fail dışındaki kişilerin azmettiren ya da yardım eden olarak sorumluluğu doğabilir. Failin kamu görevlisi olmasının bu suç bakımından bir önemi bulunmamaktadır.<sup>35</sup>

Suçlarda mağdur kişisel verisi ihlal edilen gerçek kişidir.<sup>36</sup> Bir tüzel kişiliğe ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin ihlali şartları varsa bir başka suça (örneğin; TCK’nın 239. maddesindeki ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçuna) suça vücut verebilirse de TCK’nın 135-140. maddelerindeki suçları oluşturmaz. Ancak gerçek kişilerin özel hayatları olabileceği göz önünde bulundurulduğunda söz konusu suçlarda ihlallere karşı korunan sadece gerçek kişilerle ilişkilendirilebilir verilerdir.

Suçların maddi konusu ihlal edilen kişisel veri olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>37</sup>

Suçların hukuki konusu özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıdır.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> TCK’nın 137. maddesi uyarınca; “(1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”.

<sup>33</sup> Yokuş Sevük, s. 259; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 602.

<sup>34</sup> Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik (R.G. Tarihi: 28.10.2017 R.G. Sayısı: 30224) (Yönetmelik) m.11.

<sup>35</sup> Yokuş Sevük, s. 259.

<sup>36</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 613, 631, 646.

<sup>37</sup> Yokuş Sevük, s. 243, 250, 259.

<sup>38</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz., Muharrem Özen/İhsan Baştürk, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, Ankara 2011, s. 122, Hale Akdağ, Türk Ceza Kanunu

T.C. Anayasası 20/1. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) 8. maddesinde; “herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu” ifade eder. Anayasa’nın 20/3. maddesi uyarınca; “herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.

Özel hayat kavramı, kişinin kendi seçtiği kişisel hayatı yaşayabildiği ve dış dünyayı kapsam dışı bırakabildiği “iç çevre” ile sınırlı değildir. İHAS’ın 8. maddesi, bu madde kapsamındaki güvencelerin yorumlanmasına temel teşkil eden önemli bir ilke olan kişilik veya kişisel özerklik bakımından bireysel gelişim hakkını koruma altına almaktadır. 8. madde, her bireyin başkalarıyla ve dış dünyayla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek amacıyla başkalarına yaklaşma hakkını, yani “özel sosyal hayat” hakkını kapsamaktadır.<sup>39</sup> Özel hayat kapsamına giren konuların çok çeşitli olduğu dikkate alınarak, bu kavram kapsamında yer alan davalar, sınıflandırılmak amacıyla üç geniş kategoride (bazen aynı dava birden fazla kategoriye dâhil edilmiştir) şu şekilde gruplandırılmıştır:<sup>40</sup>

- (i) kişinin fiziksel, psikolojik veya manevi bütünlüğü,
- (ii) kişinin mahremiyeti,
- (iii) kişinin kimliği ve özerkliği.

Bireylerin rızaları olmadan yayınlanmamasını meşru bir şekilde bekleyebilecekleri kişisel bilgileri de özel hayat kapsamında kabul edilmektedir.<sup>41</sup>

Kişisel verilerin korunması söz konusu olduğunda, bilgilerin halihazırda kamuya açık olması 8. madde korumasını ortadan kaldırmamaktadır. Normal koşullarda öngörülebilen olanı aşacak şekilde veya derecede, belirli bir kişiye ilişkin verilerin derlenmesi, kişisel verilerin işlenmesi veya kullanılması ya da ilgili materyalin yayınlanması hallerinde, özel hayata ilişkin hususlar söz konusu olmaktadır. İnsan

Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2013, s. 39, İbrahim Korkmaz, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara 2019, s. 389, Uğur Orhan, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler, AÜHFD, C. 70, S. 4, Y. 2021, s. 1369 vd.

<sup>39</sup> İHAM, Bărbulescu v. Romania (Başvuru no: 61496/08), <https://hudoc.echr.coe.int/>, erişim tarihi: 14.04.2024.

<sup>40</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Madde Rehberi, Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı, Y. 2019, s. 20, <https://inhak.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

<sup>41</sup> İHAM, Axel Springer Ag v. Germany (Başvuru no: 39954/08), <https://hudoc.echr.coe.int/>, erişim tarihi: 14.04.2024.

Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) göre, 8. madde bilgilerin geleceğini belirleme hakkını ("right to a form of informational self-determination") da öngörmektedir. Söz konusu hak, bireylerin, önemsiz olsa bile, toplu bir şekilde ve ilgili bireylerin 8. madde kapsamındaki hakları söz konusu olacak şekilde toplanan, işlenen ve yayılan verilere ilişkin gizlilik haklarına dayanmalarına olanak sağlamaktadır.<sup>42</sup>

#### IV. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU

TCK'nın 135/1. maddesi uyarınca; "hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır".<sup>43,44</sup>

Suç tehlike suçudur.<sup>45</sup> Tehlike özel hayatın kişisel verilerin kaydı yoluyla ihlaline elverişli kabul edilebilecek makul, güncel, yakın bir tehlike olmalıdır. Basit ihtimaller tehlikeye vücut vermez.

Suç icra hareketiyle işlenebilen ani bir suçtur.<sup>46</sup> Bu yönüyle suç hareketin yapılmasıyla birlikte tamamlanan neticesiz suçlar arasında yer alır.

Kanun kişisel verilerin kayıt şekline ilişkin bir ayırım yapmamıştır. O halde kaydetmek herhangi bir yöntemle, otomatik olan ya da olmayan bir şekilde kişisel verilerin tamamen veya kısmen, sonradan ulaşılabilecek şekilde hazır tutulması olarak tanımlanabilir.<sup>47</sup> KVKK uyarınca kişisel verilerin kaydedilmesi, verinin işlenmesi kapsamında kabul edilmektedir.

KVKK uyarınca kişisel verilerin yetkili kişiler tarafından, kanuni şartlara uygun bir şekilde tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla kaydedilmesi hukuka uygundur. KVKK'ya aykırı kayıt işlemleri ise kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna vücut verebilecektir.

Kanun, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu düzenlediği 135. maddenin birinci fıkrasında kaydın hukuka aykırılığına işaret ederken, ikinci fıkrasında kişinin kimi ve-

<sup>42</sup> İHAM, Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (Başvuru no: 931/13), <https://hudoc.echr.coe.int/>, erişim tarihi: 14.04.2024. Ayrıca bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Madde Rehberi, s. 39.

<sup>43</sup> TCK, md.135/2.

<sup>44</sup> Özel nitelikli kişisel verilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Melike Köse Aysun, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara 2021, s. 128 vd.

<sup>45</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 588; Yokuş Sevük, s. 245.

<sup>46</sup> Koca/Üzülmez, s. 611.

<sup>47</sup> Yokuş Sevük, s. 244.

rileri bakımından kaydın hukuka aykırı olması kıstasını aramış, kimi verileri bakımından ise “hukuka aykırı olarak” hükmüne yer vermemiştir. İfadeden kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine ilişkin verilerinin kaydedilmesinin mutlak bir şekilde hukuka aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır<sup>48</sup> ki kanun koyucunun neden söz konusu verileri diğerlerinden bu yönüyle ayırdığı anlaşılamamaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de bu hususta bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce ikinci fıkra hükmü, birinci fıkradaki suçun nitelikli halidir. Her ne kadar adı geçen maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada ifade olunandan farklı olarak bazı kişisel veriler bakımından suçun oluşması için açıkça verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerektiği yazmasa da bu tek başına ikinci fıkrada ifade öngörülen fiili ayrı bir suç yapmaya ve fıkrada adı geçen kişisel veri türlerinin hukuka uygun kaydedilmesi imkânının olmaması nedeniyle bu yönde bir düzenleme yapıldığı varsayımında bulunmaya yetmemektedir. Zira ikinci fıkranın “birinci fıkra uyarınca verilecek ceza” ifadesiyle birinci fıkraya yaptığı atf, öncelikle “birinci fıkra uyarınca” vuku bulmuş bir fiilin, dolayısıyla da hukuk aykırı kaydedilmiş bir verinin varlığını gerektirmekte olup birinci fıkraya yapılan atfın yalnızca birinci fıkrada öngörülen ceza miktarına yapıldığını kabul etmek mümkün değildir. Suçun basit şeklinin oluşması için kayıt işleminin hukuka aykırı olması gerektiğinden nitelikli halinin de herhangi bir ayırım kabul edilmeksizin verinin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesine bağlı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira KVKK uyarınca da özel nitelikteki kişiler verilerin, kanuni şartlarına uymak kaydıyla hukuka uygun işlenmesi mümkündür. Dolayısıyla tüm fıkralarıyla birlikte TCK m.135’te ifade olunan suçun oluşması, “ihlalsiz suç olmaz” kuralından hareketle fiilin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Öte yandan kanaatimizce söz konusu hukuka aykırılığa ayrıca madde metninde değinildiği haller hukuka aykırılığı fiilin bir unsuru haline getirmemektedir. Kanun koyucunun burada amacı hukuka uygun olarak da verilerin işlenmesi mümkün olduğundan verinin hukuka aykırı işlenmesi hallerine sonuç bağlandığını vurgulamaktır.<sup>49</sup>

Suç doğrudan kastla işlenir.<sup>50</sup> Kişisel verilere karşı işlenen bu neticesiz suçlarda olası kastla suçun işlenmesi mümkün değildir.<sup>51</sup> Fiili hata istisnai hallerde mümkündür.<sup>52</sup> Hukuki hata kural olarak mazeret sayılmaz. Hukuka uygunluk nedeninde hata mümkündür.<sup>53</sup> Şahısta hata esaslı hata değildir.

<sup>48</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 288.

<sup>49</sup> Hukuka aykırılığın özel olarak kanunda belirtildiği suçlar açısından failde hukuka aykırılık bilincinin de aranması, dolayısıyla failin kusurunun hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiği yönündeki farklı görüş için bkz., Korkmaz, s. 408 vd.

<sup>50</sup> Sedat Erdem Aydın, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul 2015, s. 140; Koca/Üzülmez, 618.

<sup>51</sup> Bkz., aksi yönde; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 595.

<sup>52</sup> Bkz., aksi yönde, Hafizoğulları/Özen, s. 289.

<sup>53</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 289.



## V. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU

TCK'nın 136. maddesi uyarınca; “Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

Suç, icra hareketiyle işlenebilen, seçimlik hareketli bir tehlike suçudur.<sup>54</sup> Amaçsal ve zamansal birliğin olması kaydıyla bu seçimlik hareketlerden biri ya da birkaçının yapılması halinde tek suç vardır. Suç, neticesiz suçtur.

Verme, belirli sayıda kişi veya kişilerle verinin paylaşılması iken (örneğin; whatsapp ya da e-posta yoluyla verinin gönderilmesi), yayma, verinin belirsiz sayıda kişilere ulaşmasıdır (örneğin; verinin sosyal medya platformundan yayınlanması). Veriyi ele geçirmek, verinin failin egemenlik alanına girmesidir. (örneğin; bilgi teknolojileri müdürünün çalıştığı şirketin müşterilerine ait bilgileri, evindeki bilgisayara aktarması)<sup>55</sup>

KVKK uyarınca verinin elde edilmesi, açıklanması, aktarılması ve devralınması, kişisel verinin işlenmesi olarak kabul edilmektedir.

KVKK uyarınca kişisel verilerin, yetkili kişi tarafından yetkilendirildiği konu ile sınırlı ve kanuni şartlarına uygun olarak elde edilmesi ve ilgili kişinin açık rızasıyla ya da verilerin işlenmesine izin veren diğer kanuni şartların yerine getirilmesi durumunda yurtiçine<sup>56</sup> veya yurtdışına<sup>57</sup> aktarılması mümkündür. Bu hallerde fiil başından itibaren hukuka uygun kabul edilir. Bu kapsamda kişisel verilerin ilgilinin açık rızasıyla ya da açık rızanın aranmadığı kanunla muayyen diğer hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında<sup>58</sup> yurtiçinde aktarılması mümkündür. Yine aktarılacak verilerin bu şartları haiz olması şartıyla kişisel verilerin, aktarımın yapılacağı ülke, ülke içerisindeki sektörler veya uluslararası kuruluşlar hakkında yeterlilik kararı bulunması halinde,<sup>59</sup> veri sorumluları ve veri işleyenler tarafından yurtdışına aktarılması hukuka uygun olacaktır. Öte yandan söz konusu kişisel

<sup>54</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 597, 598; Yokuş Sevük, s. 251; Koca/Üzülmez, s. 611; Hafizoğulları/Özen, s. 291.

<sup>55</sup> Yargıtay 15. CD., E. 2013/612, K. 2014/14715, T. 16.9.2014, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

<sup>56</sup> KVKK m.8 uyarınca; “(1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler;

a) 5'inci maddenin ikinci fıkrasında,

b) Yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6'ncı maddenin üçüncü fıkrasında,

belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

(3) Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

<sup>57</sup> KVKK m.9 (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.9, yürürlük tarihi: 01.06.2024).

<sup>58</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için, aşağıda, “KVKK'da Düzenlenen Hukuka Uygunluk Nedenleri Kapsamında Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları”.

<sup>59</sup> Yeterlilik kararına ilişkin olarak bkz., KVKK m.9/2,3 (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.9, yürürlük tarihi: 01.06.2024).

verilerin istisnai olarak yeterlilik kararının bulunmaması durumunda da kanunla muayyen şartları taşımak kaydıyla yurtdışına aktarılması mümkündür.<sup>60</sup>

Suç doğrudan kastla işlenir. Şahısta hata mümkün değildir. Hukuki hata kural olarak mazeret sayılmaz. Fiili hata istisnai hallerde söz konusu olabilir. Hukuka uygunluk nedeninde hata mümkündür.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> KVKK m.9/4-11 (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.9, yürürlük tarihi: 01.06.2024) uyarınca;

"...(4) Kişisel veriler, yeterlilik kararının bulunmaması durumunda, 5'inci ve 6'ncı maddelerde belirtilen şartlardan birinin varlığı, ilgili kişinin aktarımın yapılacağı ülkede de haklarını kullanma ve etkili kanun yollarına başvurma imkânının bulunması kaydıyla, aşağıda belirtilen uygun güvencelerden birinin taraflarca sağlanması halinde veri sorumluları ve veri işleyenler tarafından yurt dışına aktarılabilir:

a) Yurtdışındaki kamu kurum ve kuruluşları veya uluslararası kuruluşlar ile Türkiye'deki kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında yapılan uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan anlaşmanın varlığı ve Kurul tarafından aktarıma izin verilmesi.  
b) Ortak ekonomik faaliyette bulunan teşebbüs grubu bünyesindeki şirketlerin uymakla yükümlü oldukları, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler ihtiva eden ve Kurul tarafından onaylanan bağlayıcı şirket kurallarının varlığı.

c) Kurul tarafından ilan edilen, veri kategorileri, veri aktarımının amaçları, alıcı ve alıcı grupları, veri alıcısı tarafından alınacak teknik ve idari tedbirler, özel nitelikli kişisel veriler için alınan ek önlemler gibi hususları ihtiva eden standart sözleşmenin varlığı.

ç) Yeterli korumayı sağlayacak hükümlerin yer aldığı yazılı bir taahhütnamenin varlığı ve Kurul tarafından aktarıma izin verilmesi.

(5) Standart sözleşme, imzalanmasından itibaren beş iş günü içinde veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından Kuruma bildirilir.

(6) Veri sorumluları ve veri işleyenler, yeterlilik kararının bulunmaması ve dördüncü fıkrada öngörülen uygun güvencelerden herhangi birinin sağlanamaması durumunda, arızı olmak kaydıyla sadece aşağıdaki hallerden birinin varlığı halinde yurt dışına kişisel veri aktarabilir:

a) İlgili kişinin, muhtemel riskler hakkında bilgilendirilmesi kaydıyla, aktarıma açık rıza vermesi.  
b) Aktarımın, ilgili kişi ile veri sorumlusu arasındaki bir sözleşmenin ifası veya ilgili kişinin talebi üzerine alınan sözleşme öncesi tedbirlerin uygulanması için zorunlu olması.  
c) Aktarımın, ilgili kişi yararına veri sorumlusu ve diğer bir gerçek veya tüzel kişi arasında yapılacak bir sözleşmenin kurulması veya ifası için zorunlu olması.  
ç) Aktarımın üstün bir kamu yararı için zorunlu olması.

d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için kişisel verilerin aktarılmasının zorunlu olması.

e) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için kişisel verilerin aktarılmasının zorunlu olması.

f) Kamuya veya meşru menfaati bulunan kişilere açık olan bir sicilden, ilgili mevzuatta sicile erişmek için gereken şartların sağlanması ve meşru menfaati olan kişinin talep etmesi kaydıyla aktarım yapılması.

(7) Altıncı fıkranın (a), (b) ve (c) bentleri, kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hukukuna tâbi faaliyetlerine uygulanmaz.

(8) Veri sorumlusu ve veri işleyenler tarafından, yurt dışına aktarılan kişisel verilerin sonraki aktarımları ve uluslararası kuruluşlara aktarımlar bakımından da bu Kanunda yer alan güvenceler sağlanır ve bu madde hükümleri uygulanır.

(9) Kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilir.

(10) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

(11) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir".

<sup>61</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 291.

## VI. KVKK'DA DÜZENLENEN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ ŞARTLARI

Anayasa'nın 20/3. maddesi uyarınca; "kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir". Dolayısıyla Anayasa'nın açık hükmü gereği "kanunun hükmünü yerine getirme" ve "ilgilinin açık rızası" kişisel verilerin işlenmesi bakımından değerlendirilebilecek olan iki hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>62</sup> KVKK, bu kapsamda işlenen veriler bakımından kural olarak aranan açık rızayı ve açık rıza olmaksızın kişisel verilerin hangi kanuni şartların varlığında kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında işlenebileceğini düzenlemektedir.

KVKK uyarınca kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde kaydedilmesi, verilmesi ve elde edilmesi mümkündür. Tüm bu faaliyetler KVKK'da kişisel verilerin işlenmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak söz konusu işleme faaliyetlerinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için ilgili kanunda öngörülen genel esasları<sup>63</sup> ve özel şartları taşımaları gerekmektedir.

KVKK'da ifade olunan genel esasları;<sup>64</sup>

- a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.
- b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.
- c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.
- ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.
- d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme olarak ifade etmek mümkündür.

Bu bağlamda bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için KVKK kapsamında fiili hukuka uygun kılan özel şartların yanı sıra ve öncelikli olarak somut olayda söz konusu genel esaslara uygun bir veri işleme faaliyetinin mevcut olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir veri işlenirken öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, faaliyetin temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması,<sup>65</sup> işlenen tüm verilerin, genel hukuk normları ve ilgili yasal düzenlemelere uygun<sup>66</sup> ve

<sup>62</sup> Koca/Üzülmez, s. 618.

<sup>63</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Madde ve Gereçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara 2019, s. 19 vd., <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

<sup>64</sup> KVKK m.4/2.

<sup>65</sup> Anayasa m.13.

<sup>66</sup> Dülger, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019, s. 110; Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2018, s. 206; Özer Deniz, Miray/Özer, Memet Turan: "Biyometrik Verilerin İşlenmesinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", ÇÜHAD 2022/1, s. 100.

doğru, başvuru yöntemini işleme amacına ulaşılabilmesi bakımından meşru, elverişli,<sup>67</sup> gerekli<sup>68</sup> ve ölçülü<sup>69</sup> olmasıdır.<sup>70</sup>

Veri işlemenin hukuka uygun kabul edilebilmesi, işlemin taşınması gerekli genel esasların yanı sıra ilgilinin açık rızasının veya kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında KVKK'da düzenlenen özel şartların mevcut olmasına bağlıdır.

İşlenen kişisel verinin özel nitelikli kişisel veri olması halinde ise kanun koyucu kişisel verinin işlenmesi şartlarını diğer verilerden ayırarak ayrıca düzenlemiştir.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında elverişlilik, "getirilen kuralın ulaşılacak istenen amaç için elverişli olması" şeklinde tanımlanmıştır (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında vurgulandığı üzere; "(...) "gereklilik" getirilen kuralın ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını (...) ifade eder." Gereklilik ilkesi, aynı amacın gerçekleşmesine olanak tanıyan birden fazla aracın olması durumunda bunlar arasından en az müdahaleci olan aracın seçilmesidir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecek ise, bu kapsamda kullanılan araç gereklilik ilkesine aykırı olacaktır. Örneğin, biyometrik veri işleminin yerine herhangi bir alternatifin mevcut olması durumunda biyometrik verinin işlenmesi gerekli olmayacağından söz konusu veriler işlenemeyecektir. Bu husus, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun (Kurul) 25/03/2019 tarihli ve 2019/81 sayılı Kararı ve 31/05/2019 tarihli ve 2019/165 sayılı Kararı ile "(...) Spor kulübünde giriş çıkış kontrolünün yapılabilmesi ve kulüp hizmetlerinden faydalanmak isteyen kişilere ilişkin giriş kontrolünün alternatif yollar ile sağlanması mümkün iken kişilerin biyometrik veri niteliğindeki avuç içi izi verisinin alınmasının 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 4'üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" ilkesi ile bağdaşmadığı (...) " şeklinde ifade edilmiştir. Anılan Kurul Kararında da belirtildiği üzere, herhangi bir alternatifin bulunması durumunda biyometrik verinin işlenmesi ölçülü olmayacaktır. Bu kapsamda biyometrik veri alınmasının elverişli ve gerekli olduğu durumlarda da ölçülülük ilkesi kapsamında biyometrik veri alınırken genetik veri (kan, tükürük vb.) alınmamalıdır. Ayrıca biyometri türünün veya türlerinin seçiminde (iris, parmak izi, elin damar ağı, vb.) tercih edilen biyometrik veri türünün veya türlerinin diğerleri yerine neden seçildiğine dair gerekçeler ve belgeler sunulmalıdır. (Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber, s. 10, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024).

<sup>69</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında orantılılık "getirilen kural ile ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüdür (...) Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir".

Veri asgarileştirme (The data minimisation principle) ilkesi olarak da tanımlanabilecek ölçülülük ilkesine göre, veri sorumlusu, sadece işleme amacını gerçekleştirmeye yetecek kadar veri kullanmalıdır (Özer Deniz/Özer, s. 102).

<sup>70</sup> Ayrıca bkz., Akıncı, Ayşe Nur: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma Raporu-6, T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Haziran 2017, s. 32; Göçmen Uyarer, Sinem: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020, s. 123 vd.; Yücedağ, Nafize: "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 47-63; Taşçı Aydemir, Ece: Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara 2022, s. 67 vd.; Sert, Şeyma: Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Ankara 2023, s. 75 vd.

<sup>71</sup> KVKK'nın 6/3. maddesi uyarınca (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.6/3; yürürlük tarihi: 01.06.2024) özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak bu verilerin işlenmesi;

TCK'nın genel hükümlerinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin, KVKK kapsamına giren veri işleme hallerinde KVKK'da yer alan özel şartları taşımadıkça fiili hukuka uygun kılması mümkün değildir. Zira bir işlemin hangi hallerde hukuka uygun kabul edilebileceğinin şartları itibarıyla kanunun ilgili hükmünde açıkça zikredildiği hallerde genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk nedenleri söz konusu şartları taşımadıkça o işlemi hukuk uygun kılmaya muktedir değildir. Bu kapsamda veri işleminin hukuka uygun kabul edilebilmesi için örneğin; TCK'nın genel hükümlerine göre fiili hukuka uygun kılan örtülü rızanın<sup>72</sup> varlığı yeterli değildir, KVKK'da öngörülen şartları taşıyan açık bir rıza olması gerekmektedir. Bu kapsamda rızanın geçerli bir rıza olması için yalnızca açık bir rıza olması yetmemekte, aynı zamanda işlenen verinin kanunda öngörülen genel esaslara uygun bir şekilde işlenmesi gerekmektedir. Zira ilgisi, kişisel verisinin bu esaslara uygun olarak işlenmesine açık rıza göstermiş olmaktadır.

Bir hukuka uygunluk nedeni fiili başından itibaren hukuka uygun kılacağından ve bu hukuka uygunluk sadece suçu değil, hukukun tüm alanlarını kapsayacak şe-

- a) İlgili kişinin açık rızasının olması,
  - b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi,
  - c) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,
  - d) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması,
  - e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması,
  - f) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması,
  - g) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması,
  - h) Siyasi, felsefi, dini veya sendikalarla kurulan vakıf, demek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması, halinde mümkündür.
- Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.

Görüldüğü üzere özel nitelikli kişisel veriler söz konusu olduğunda, genel nitelikteki kişisel verilerin işleme şartları arasında yer alan; "bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması", "veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması" ve "ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması" şartları birer hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Buna karşın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini gerekli kılan kendine özgü bazı durumlar kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurularak, genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartları arasında yer almayan bazı şartlar maddenin üçüncü fıkrasının (e), (f), ve (g) bentlerinde birer hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur. Öte yandan söz konusu bentler kapsamlarının genişliği itibarıyla uygulamada özel nitelikli kişisel verilerin ölçüsüzce işlenmesi riskini taşımakta olup, ilgili olduğu alanlarda söz konusu verilerin işlenmesine ancak zorunlu olduğu ölçüde başvurulmalıdır. Bu açıdan yaklaşıldığında özellikle maddenin (e) bendindeki verilerin işlenmesi bakımından getirilen şartın "zorunluluğa" değil "gerekliliğe" dayandırılması kanaatimizce yerinde olmamıştır.

<sup>72</sup> TCK m.26/2.

kilde fiili bir haksız fiil olmaktan çıkaracağından ötürü artık KVKK uyarınca hukuka uygun olarak veri işleyen kişinin her tür hukuki sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

TCK'nın gerek 135. gerek 136. maddesindeki suçlar bakımından “kişisel verilerin işlenmesi” kapsamında ortak şartlar oldukları içindir ki aşağıda söz konusu hukuka uygunluk nedenleri, KVKK'nın 5. maddesi kapsamında, her iki suç tipi için aynı başlıklar altında değerlendirilmiştir.

## VII. İLGİLİNİN AÇIK RIZASI

Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.<sup>73</sup>

TCK'nın 26/2. maddesi uyarınca; “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”. Kişinin kendi verisi onun üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği özel hayat alanına dahil olduğundan, kanunlarda aksi açıkça yazmadıkça kişisel verisinin işlenmesine yönelik rızası fiili hukuka uygun kılacaktır.

KVKK'nın “Tanımlar” başlıklı 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde açık rıza, “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” şeklinde tanımlanmıştır.

Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce, ilgili kişilerin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük yerine getirilirken veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce yapılacak bilgilendirmenin asgari olarak aşağıdaki konuları içermesi gerekmektedir:<sup>74</sup>

- Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- Kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı,
- Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
- İlgili kişinin KVKK'nın 11'inci maddesinde sayılan diğer hakları.

Veri sorumlusu ya da yetkilendirdiği kişi tarafından sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi fiziksel veya elektronik ortam kullanılmak suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında aşağıda sayılan usul ve esaslara uyulması gerekmektedir.<sup>75,76</sup>

<sup>73</sup> KVKK m.5/1, m.6/3-a.

<sup>74</sup> KVKK m.10.

<sup>75</sup> 10.03.2018 tarihli Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m.5.

<sup>76</sup> Bkz., aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi ve aydınlatma metni örnekleri için; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, Nisan 2019, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

- a) İlgili kişinin açık rızasına veya Kanundaki diğer işleme şartlarına bağlı olarak kişisel veri işlendiği her durumda aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir.
- b) Kişisel veri işleme amacı değiştiğinde, veri işleme faaliyetinden önce bu amaç için aydınlatma yükümlülüğü ayrıca yerine getirilmelidir.<sup>77</sup>
- c) Sicile kayıt yükümlülüğünün bulunması durumunda, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde ilgili kişiye verilecek bilgiler, Sicile açıklanan bilgilerle uyumlu olmalıdır.
- d) Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, ilgili kişinin talebine bağlı değildir.
- e) Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı veri sorumlusuna aittir.
- f) Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir.
- g) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında açıklanacak kişisel veri işleme amacının belirli, açık ve meşru olması gerekir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken, genel nitelikte ve muğlak ifadelerle yer verilmemelidir. Gündeme gelmesi muhtemel başka amaçlar için kişisel verilerin işlenebileceği kanaatini uyandıran ifadeler kullanılmamalıdır.
- ğ) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgili kişiye yapılacak bildirim anlaşılır, açık ve sade bir dil kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.
- h) KVKK'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan "hukuki sebep" ten kasıt, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin KVKK'nın 5. ve 6. maddelerinde belirtilen işleme şartlarından hangisine dayanılarak işlendiğidir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında hukuki sebebin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.
- ı) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, kişisel verilerin aktarıma amacı ve aktarılabilecek alıcı grupları belirtilmelidir.
- i) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin, tamamen veya kısmen otomatik yollarla ya da veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yöntemlerden hangisiyle elde edildiği açık bir şekilde belirtilmelidir.

<sup>77</sup> Kişisel veriler veriliş amacı dışında kullanılamazlar. Örneğin cep telefonu bilgisi ilgilinin aydınlatılmış rızası alınmış olsa dahi ancak işleme amacıyla bağlantılı ve sınırlı olarak kullanılabilir. Bu sebeple farklı bir amaç hasıl olduğunda kişisel verinin hukuka uygun olarak işlenebilmesi, söz konusu amaca ilişkin olarak ilgilinin ayrıca aydınlatılması ve rızasının alınmış olmasına bağlıdır.

j) Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken eksik, ilgili kişileri yanıltıcı ve yanlış bilgilere yer verilmemelidir.

Kişisel verilerin ilgili kişiden elde edilmemesi halinde,<sup>78</sup>

- a) Kişisel verilerin elde edilmesinden itibaren makul bir süre içerisinde,
- b) Kişisel verilerin ilgili kişi ile iletişim amacıyla kullanılacak olması durumunda, ilk iletişim kurulması esnasında,
- c) Kişisel verilerin aktarılacak olması halinde, en geç kişisel verilerin ilk kez aktarımının yapılacağı esnada ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir.

Açık rıza yazılı rıza demek olmadığından, bu madde örtülü rıza ile kişisel veri işlenemeyeceğini ifade etmekle birlikte aydınlatılmış sözlü rıza kişisel verinin işlenmesi için yeterlidir. Ancak yazılı rıza bir geçerlilik şartı olmamakla birlikte ispat kolaylığı bakımından öncelikle tercih edilmeli, internet üzerinden kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olduğunda ise söz konusu platformlarda ispat kolaylığı sağlayacak bilgilendirme ve onay formlarına yer verilmesine azami önem gösterilmelidir.

Veri işlemek üzere verilen açık rızanın geçerliliği için, açık rızanın öncelikle belirli bir konuya ilişkin ve o konu ile sınırlı olarak verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, açık rıza irade beyanı olduğundan, kişinin özgür bir şekilde rıza gösterebilmesi için, neye rıza gösterdiğini de bilmesi gerekir. Kişinin sadece konu üzerinde değil, aynı zamanda rızasının sonuçları üzerinde de tam bir bilgi sahibi olması gerekir. Bu sebeple, bilgilendirmenin, veri işleme ile ilgili bütün konularda açık ve anlaşılır bir biçimde gerçekleştirilmesi ve mutlaka verinin işlenmesinden önce yapılması gerekir. Diğer yandan, açık rızanın geçerlilik kazanabilmesi için kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı olması gerekmektedir. Açık rızanın özgür iradeyle açıklanması gerektiğinden, herhangi bir ürün ve/veya hizmetin sunumu (ya da herhangi bir üründen ve/veya hizmetten yararlandırılması) ilgili kişi tarafından açık rıza verilmesi şartına bağlanmamalı, tarafların eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilir verilmemesinin dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, işçi-işveren ilişkisinde, işçiye rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmadığı veya rıza göstermemenin işçi açısından muhtemel bir olumsuzluk doğuracağı durumlarda, rızanın özgür iradeye dayandığı kabul edilemez.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m.6.

<sup>79</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber, s. 10, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, s. 6, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.



İlgili kişi rızasını her zaman geri alabilir. Rızanın geri alınmış olması, rızanın verilmesinden geri alınmasına kadar olan süreçte bu rızaya dayalı veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunu etkilemez.<sup>80</sup>

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, internet üzerinden çerezler<sup>81</sup> yoluyla kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir şirket hakkındaki başvuru ile ilgili olarak verdiği kararında kişisel verilerin işlenmesi için eğer şartları varsa açık rıza dışında bir hukuki sebebe de dayanılabileceğini değerlendirmekle birlikte açık rızanın taşınması gereken aşağıdaki hususlara vurgu yapmıştır:<sup>82</sup>

- Aydınlatmanın tüm unsurlarını içerecek şekilde açık, sade ve anlaşılır şekilde yapılması gerekir. İnternet sitesinde karmaşık ve içinde pek çok başka konuda bilgi veren Gizlilik Bildirimlerinin yer alması aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği şeklinde yorumlanamaz.
- Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi hâlinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemleri ayrı ayrı yerine getirilmelidir.
- Çerez yoluyla kişisel veri işlenmesine ilişkin bir sözleşmenin kurulması veya ifası kapsamında açık rıza alınması, ilgili kişiye sözleşmenin ön koşulu olarak dayatılamaz.
- İlgili kişilerden açık rıza alınması yoluyla elde edilen kişisel verilerin işlenmesinde her bir farklı amaç için ayrı açık rıza alınmasına olanak veren bir mekanizma kurulmalıdır.
- Kişisel verilerin -en geç- elde edilmesi sırasında yani internet sitesine girildiği anda aydınlatmanın yapılması gerekmektedir. Aydınlatma henüz veri işlenmediği ya da en geç veri işlendiği esnada yapılmalıdır.
- Açık rızanın alınabilmesi için aktif bir eylemin gerçekleşmesi gerekmektedir. Sadece internet sitesine girilmesi söz konusu site tarafından kullanılan çerezlere açık rıza verildiği anlamına gelmez.

## VIII. KANUNLARDA AÇIKÇA ÖNGÖRÜLMESİ

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında kanunlarda kişisel verinin işlenmesine ilişkin açık hüküm bulunması halinde kişisel

<sup>80</sup> Nur Buğçe Bakirel, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı, Ankara 2021, s. 73.

<sup>81</sup> Çerezler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, Haziran 2022, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

<sup>82</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 27/02/2020 tarih ve 2020/173 sayılı karar, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

verinin işlenmesi mümkündür.<sup>83</sup> Kişisel veriler temel hak ve hürriyetlere ilişkin oldukları içindir ki bu verilere müdahale ancak kanunla olabilir. Kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandırıcı nitelik gösterip kanunda yer almayan ya da kanuna aykırı bir düzenlemenin, kanunilik ilkesinin gereği alt düzenleyici işlemlerle yapılması mümkün değildir. Kanunun uygulanmasına yönelik kanuna aykırı olmayan düzenlemelerin alt düzenleyici işlemlerle yapılması ya da eksik veya açık ceza normları ile alanın düzenlenmesinde ise kanunilik ilkesine aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Anayasanın 20/3. maddesi gereği kişisel veriler ancak ilgilinin açık rızası ve kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan KVKK'daki diğer şartları da içine alacak şekilde kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hukuka uygun kabul edilebilir. Bu nedenle KVKK'nın 5/2, a bendinde yer alan "kanunlarda açıkça öngörülmesi" şartının işlevi ve amacı, KVKK'da yer almamakla birlikte kişisel veriyi işlemeyi bir başka kanun hükmü gereği hukuka uygun kılan maddelere KVKK kapsamında atıfta bulunmaktadır.<sup>84</sup> Dolayısıyla ilgili bentte ifade olunan "kanunlarda açıkça öngörülmesi" ifadesini "diğer kanunlarda açıkça öngörülmesi" şeklinde algılamak yanlış olmayacaktır. Zira KVKK kapsamında veri işlemeyi hukuka uygun kılan haller zaten 5/2. maddenin takip eden bentlerinde ve ilgili diğer maddelerde zikredilmektedir.

Kişisel veri işlenmesiyle ilgili herhangi bir kanunda açık bir hüküm varsa veya ifade olunan sınırlarda kalmak kaydıyla açık bir hüküm ile ikincil mevzuata yönlendirme yapılmışsa kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.<sup>85,86</sup>

Kişisel veriyi işlemenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, kişisel verilerin ilgili oldukları mevzuatta öngörülen özel şartlara bu kapsamda KVKK'ya uygun işlenmesi gerekmektedir. Aksi halde kanun hükmü yerine getirilmiş kabul edilemeyeceğinden verinin işlenmesi hukuka aykırı olacaktır.

Şu kadar ki KVKK'nın 28/1. maddesinde ifade edilen istisnai hallerde, söz konusu istisnai hallerin düzenlendiği mevzuat hükümlerinin verilerin işlenmesine ilişkin olarak öngördüğü koşulları taşımaları kaydıyla, verilerin işlenmesi şartlarını düzenleyen KVKK hükümleri uygulanmayacaktır. Bu istisnai haller şunlardır:

- a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi.

<sup>83</sup> TCK m.24/1; KVKK m.5/2.

<sup>84</sup> KVKK'nın 5/2, a bendinde bu hususun belirtilmesinin gereksiz olduğuna ilişkin görüş için bkz., Koca/Üzülmüş, s. 619.

<sup>85</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 6, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

<sup>86</sup> Bkz., örneğin; CMK, (m.75,76,78) Adli Sicil Kanunu (m.7,8,10), Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (m.57,104,113), Avukatlık Kanunu (m.46/2), Kimlik Bildirme Kanunu (Ek md.1).

- b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi.
- c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi.
- ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.
- d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.<sup>87,88</sup>

Ayrıca KVKK'nın 28/2. maddesi uyarınca; KVKK'nın amacına ve temel ilkelere uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10'uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11'inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16'ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmayacaktır:

- a) Kişisel veri işleminin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.
- b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.
- c) Kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.
- ç) Kişisel veri işleminin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.

<sup>87</sup> Şüphesiz ki bu incelemeler yapılırken iddia konusu suç fiili ile ilişkili olan ya da olmayan pek çok kişisel veriye ulaşılmaktadır. Bu kişisel verilere ulaşabilmek bazen genel önleme ya da soruşturma yetkisi kapsamında mümkünken, bazen de verilerin niteliğine göre toplanma şekilleri kanunen özel şartların varlığına bağlı tutulmuştur. Örneğin, suç soruşturması sebebiyle bilgisayarda mevcut bir kişisel verinin toplanması CMK'nın 134. maddesinin koşullarının bulunmasına bağlıdır. (Bkz., YCGK, E. 2021/9-112, K. 2022/497, T. 29.6.2022, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024). Öte yandan bu verilerden suç fiiline ilişkin olanları, hukuka uygun elde edilmek kaydıyla ceza muhakemesi sürecinin sonunda maddi gerçeğe ulaşılmamasına hizmet etmekte ise de suç fiili ile doğrudan ilişkili olmayan veya ilişkili olmakla birlikte özel hayat alanının ölçüsüzce sınırlandırılmasına karşı korunması gereken kişisel veriler, başta toplanan verinin yok edilmesi koşullarının düzenlenmesi olmak üzere CMK'da ve ilgili diğer kanunlarda çeşitli düzenlemelerle korunmaktadır.

<sup>88</sup> Bkz., Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m.135/3,6, 137/3), Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m.139/6), Teknik araçlarla izleme (CMK m.140/4), Fizik kimliğin tespiti (CMK m.81/2), Moleküler genetik incelemeler (CMK m.80/2), parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması (PVSK m.5). Ayrıca bkz., TCK m.138/2.

## IX. FİİLİ İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE RIZASINI AÇIKLAYAMAYACAK DURUMDA BULUNAN VEYA RIZASINA HUKUKİ GEÇERLİLİK TANINMAYAN KİŞİNİN KENDİSİNİN YA DA BİR BAŞKASININ HAYATI VEYA BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN KORUNMASI İÇİN ZORUNLU OLMASI

Rızayı açıklamaya ehil olan kişi, gerçekleştirilecek fiilin esasını, amaç ve kapsamını, sonuçlarını, öngörülen risk ve külfetlerin etkisini ölçebilmeli, muhtemel fayda ve zararlarını değerlendirebilecek durumda bulunmalıdır. Bu kapsamda bir kimsenin rızasının geçerli bir rıza olması, o kimsenin somut olaya münhasır olarak rıza açıklama yeteneğine sahip olmasına, fiilin kapsam ve sonuçlarını anlayabilmesine bağlıdır.<sup>89</sup>

Fiili imkânsızlık nedeniyle rızayı açıklayamamak, Kanunda bir tanımına yer verilmemekle birlikte, maddi alemde meydana gelen olay ya da olaylar nedeniyle ilgilinin rızasını fiilen açıklayamayacak durumda olması şeklinde tanımlanabilir. Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayacak durumda olmayan kişinin verisinin işlenmesi, kendisinin veya bir başkasının hayatının veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olmasına bağlıdır. Bu hale örneğin; kişinin bilincinin geçirdiği trafik kazası nedeniyle kapalı olması sebebiyle rızası olmaksızın kan grubunun öğrenilmesi örnek verilebileceği gibi hürriyeti kısıtlanan bir kişinin kurtarılması amacıyla kendisinin veya şüphelinin taşımakta olduğu telefon, bilgisayar, kredi kartı, banka kartı veya diğer teknik bir araç üzerinden yerinin belirlenmesi için bu verilerin işlenmesi de örnek gösterilebilir.<sup>90</sup> Yüksek dozda uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olan kişinin hayatını kurtarmak maksadıyla hastanede zorunlu olarak bazı kişisel verilerine ulaşılarak işlenmesi de fiili imkansızlık olarak kabul edilebilir.

Rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişiler ise ayırt etme gücüne sahip olmayan, dolayısıyla da rıza verme ehliyetleri bulunmayan kişilerdir. Ayırt etme gücü bulunmayanların fiil ehliyeti yoktur. Bu kişiler tam ehliyetsiz olarak kabul edilirler.<sup>91</sup> Kanaatimizce kanuni temsilcinin rızasıyla ayırt etme gücü olmayan küçük ve kısıtlıların yararına olan hallerde kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Ezgi Aygün Eşitli, "Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti", TBB Dergisi, Y. 2013, S. 106, s. 279; M. J. Gunn./J. G. Wong/I. C. H. Clare/A. J. Holland, "Decision-making capacity", Medical law review, 7, Autumn 1999, s. 269 vd.; Vehbi Umut Erkan/İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü", AÜHF Dergisi, C. 60, S. 3, Y. 2011, s. 489 vd.

<sup>90</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara 2019, s. 19, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

<sup>91</sup> TMK m.14.

<sup>92</sup> Çocuğun temsil edilmesini düzenleyen TMK m.342 uyarınca; "Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır". Aynı Kanun'un 403. maddesi uyarınca ise; "Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür". O halde kanuni temsilcinin, çocuğun veya kısıtlının yararına olmak kaydıyla kişiliğini korumak ve hukuki

Rızanın olmadığı ya da hukuki geçerlilik tanınmadığı hallerde ise kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması halinde kişisel verisinin işlenmesi mümkündür.

Bu noktada özellikle sınırlı ehliyetsizler, yani ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar açısından bu kişilerin rızalarına hukuki geçerlilik tanınıp tanınmayacağı ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce kişinin kişisel verisi onun şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkına ilişkin olduğu için sınırlı ehliyetsizler, kanunda açıkça rızalarına hukuki geçerlilik tanınmayan işlemler dışındaki işlemlere rıza göstermeye ehil kabul edilmelidirler.<sup>93</sup> Böyle bir durumda kanunda açık hüküm olmadıkça bu kişilerin yanı sıra veli ya da vasilerinden onam almak gerekli değilse de bu kişilerin çıkarlarının korunabilmesi adına fiilen imkân olduğu ölçüde faydalıdır.<sup>94</sup>

Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kişisel verisinin işlenebilmesi, veriyi işlemenin, kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olmasına bağlıdır.

Açık bir tanıımı olmamakla birlikte genel esaslarla birlikte değerlendirildiğinde bu bent kapsamında bir zorunluluktan bahsedebilmek için;

- a) İşlenecek veri, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişiye ait olmalı,
- b) Verinin işlenme amacı veri sahibinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunmasına yönelik olmalı,
- c) Veri sahibinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğüne yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden veri sahibini ya da başkasını kurtarmak zorunluluğu ile veri işlenmeli,
- d) Tehlikenin ağırlığı ile işlenen verinin niteliği ve işlenme şekli arasında orantı bulunmalıdır.

işlemlerde onu temsil etmek, bu kapsamda olmak kaydıyla da kişisel verisinin işlenmesine yönelik olarak rıza vermek yetkisini haiz olduğu kabul edilebilir.

<sup>93</sup> TMK, m.16/1.

<sup>94</sup> GDPR m.8 uyarınca; “1. 6(1) maddesinin (a) bendinin uygulanması durumunda, bilgi toplumu hizmetlerinin doğrudan bir çocuğa sağlanması ile ilgili olarak, çocuğun en az 16 yaşında olması hâlinde çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması hâlinde, söz konusu işleme, ancak çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verilmesi hâlinde ve rıza veya izin verildiği ölçüde hukuka uygundur. Üye Devletler, bu amaçlara yönelik olarak, 13 yaştan küçük olmamak kaydıyla, mevzuatla daha küçük bir yaş belirleyebilir.  
2. Bu durumlarda veri sorumlusu, mevcut teknolojiyi dikkate alarak, çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verildiğini doğrulamak için makul çaba sarf eder.  
3. 1. paragraf, bir çocuk ile ilgili bir sözleşmenin geçerliliği, oluşturulması veya etkisine ilişkin kurallar gibi Üye Devletlerin genel sözleşme hukukunu etkilemez”, <https://www.ab.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

## **X. BİR SÖZLEŞMENİN KURULMASI VEYA İFASIYLA DOĞRUDAN DOĞRUYA İLGİLİ OLMASI KAYDIYLA, SÖZLEŞMENİN TARAFLARINA AİT KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNİN GEREKLİ OLMASI**

Bu kapsamda bir kişisel verinin işlenmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için;

- a) Kişisel veriyi işlemenin bir sözleşmenin kurulması ya da ifası için doğrudan gerekli olması,
- b) İşlenen kişisel verinin sözleşmenin taraflarına ait olması gerekir.

Bir sözleşme gereği paranın ödenmesi için alacaklı tarafın hesap numarasının alınması veya bir bankayla kredi sözleşmesi yapılması sırasında bankanın, o kişiye ait maaş bordrosunu, tapu kayıtlarını, icra borcu olmadığına dair belgeyi edinmesi bu şarta örnek gösterilebilir. Ayrıca, sözleşme gereği satıcının, malı teslim borcunu yerine getirmesi için alıcının adresini kaydetmesi ya da işverenin maaş ödemesini gerçekleştirmek amacıyla çalışanların banka bilgilerini elinde bulundurması, bu kapsamda değerlendirilebilecektir.<sup>95</sup>

Bu hüküm, sözleşme öncesi müzakere süreci için de geçerlidir.<sup>96</sup>

İfade edelim ki özel nitelikli kişisel verilerin bu sebeple işlenmesi kanunen mümkün değildir.

## **XI. VERİ SORUMLUSUNUN HUKUKİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİREBİLMESİ İÇİN ZORUNLU OLMASI**

Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu ise kişisel verinin işlenmesi mümkündür. Hukuki yükümlülüğün muhakkak bir kanun hükmünden kaynaklanması aranmamakta olup bir hukuk kuralından kaynaklanması yeterlidir. İlgili şartın kapsamının genişliği sınırlarını ortaya koymayı da güçleştirmektedir. Dolayısıyla bu şart ancak öngörüldüğü gibi bir hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorunlu olduğu hal ve ölçüde, son çare prensibi dahilinde kişisel verinin işlenmesini hukuka uygun hale getirir. Kanaatimizce zorunluluk halinden kastedilen o verinin o şekilde işlenmemesi halinde hukuki yükümlülüğün yerine getirilemeyecek olmasıdır.

Bir şirketin çalışanına maaş ödeyebilmesi için, banka hesap numarası, evli olup olmadığı, bakmakla yükümlü olduğu kişiler, eşinin çalışıp çalışmadığı, sosyal sigorta numarası gibi verilerin elde edilmesi ve işlenmesi bu duruma örnek

<sup>95</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 8, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

<sup>96</sup> Hüseyin Murat Develioğlu, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017, s. 60; Bakırel, s. 79.

verilebilir. İşverenin vergi denetimi sırasında çalışanlarına veya müşterilerine ait bilgileri ilgili kamu görevlilerinin incelemesine sunması da bu kapsamda değerlendirilebilir.<sup>97</sup>

İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olmadıkça<sup>98</sup> veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğü, özel nitelikli kişisel verinin işlenmesini hukuka uygun kılmaz.

## XII. İLGİLİ KİŞİNİN KENDİSİ TARAFINDAN ALENİLEŞTİRİLMİŞ OLMASI

Kişisel veri alenileştirilmiş, bir başka deyişle kamuoyuna sunulmuş olması halinde kişisel verinin rıza olmaksızın işlenmesi mümkündür. Alenileştirmeden anlaşılması gereken, kişisel verilerin sayısı belirsiz kişiler tarafından erişilebilir hale getirilmesidir.<sup>99</sup> Ancak bu veriler alenileştirilse dahi alenileştirme amacına aykırı bir şekilde işlenemezler.

Kişisel verinin aleni kabul edilebilmesi için ait olduğu kişinin aleni olmasını istemesi gerekir. Başka bir ifade ile alenileştirmenin gerçekleştirilebilmesi için alenileştirme iradesinin varlığı gerekir. Yoksa bir kişinin kişisel verisinin herkesin görebileceği bir yerde olması aleniliğini sağlamaz. Ayrıca, alenileştirme durumunda kişisel verinin amacı dışında da kullanılmaması gerekmektedir. Örneğin, ikinci el araç satışı yapılan internet sitelerinde aracını satmak isteyen ilgili kişinin iletişim bilgilerinin pazarlama amaçlarıyla kullanılması mümkün değildir.<sup>100</sup>

## XIII. BİR HAKKIN TESİSİ, KULLANILMASI VEYA KORUNMASI İÇİN VERİ İŞLEMENİN ZORUNLU OLMASI

Hak, hukukça korunan değer veya menfaattir. Her hak kaynağını Anayasa'dan almakla birlikte söz konusu tesis edilmesi, kullanılması ya da korunması gereken hakka ilişkin düzenlemenin yeter ki hukukça korunsun, kanunla ya da alt düzenleyici işlemlerle yapılması mümkündür. Hatta yerleşmiş örf ve âdet kuralları dahi hakkın kaynağı olabilir. Ancak hakkın kapsamının genişliği göz önünde tutularak bu sebeple veri işlerken aşağıdaki kıstaslara dikkat edilmelidir:

a) Hukukça korunan bir hak mevcut olmalıdır.

<sup>97</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 9, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

<sup>98</sup> Bkz., KVKK m.6/3,f (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.6/3; yürürlük tarihi: 01.06.2024).

<sup>99</sup> Sınar, Hasan: Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK md.136), KVKKD, C. 2, S. 1, s. 56.

<sup>100</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 10, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

- b) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için kişisel veri işlenmelidir.
- c) Kişisel veri işlenmeksizin o hakkın tesisi, kullanılması veya korunması mümkün olmamalı, bu kapsamda kişisel veriyi işlemek zorunlu olmalıdır.

Örneğin avukatların müvekkilleri adına dava açmak ve diğer adli işlemleri yerine getirmek için kişisel verilerini işlemeleri ya da bir şirketin kendi çalışanı tarafından açılan bir davada ispat için bazı verileri kullanması veya kısıtlı bir kişinin haklarının korunması amacıyla vasisinin veya kayyumun, kısıtlının mali bilgilerini tutması bu amaçla işlenen kişisel verilere örnek gösterilebilir. Ayrıca, sözleşme sona erdikten sonra, olası yasal takiplere karşı zamaşaşımı süresinin sonuna kadar fatura, sözleşme, kefaletname gibi belgelerin bu amaçlar için saklanması da bu kapsamda değerlendirilecektir.<sup>101,102</sup>

<sup>101</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, s. 11, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

<sup>102</sup> Yargıtay 12. CD bir kararında; "5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.11.2014 tarihli, 2013/65-2014/500 Sayılı kararının temyiz edildiği dönemde ve olay nedeniyle katılan tarafından sanık aleyhine 12.12.2014 tarihli dilekçeyle açılan manevi tazminat davasının ... 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/367 esasına kayden görülmekte olduğu 15.01.2015 tarihinde, katılanın psikolojisinin başka nedenlerle bozulmuş olabileceğini delillendirerek, tazminat davasında kendi lehine avantaj sağlamak için eczaneye giden sanığın, eczane çalışanına, dava dosyalarından edindiği katılanın T.C. kimlik numarasını göstermesi üzerine, hasta yakını zannedilerek, kendisine, 04.03.2014, 04.09.2014 ve 24.10.2014 tarihlerinde reçeteleri düzenlenen ve katılan tarafından geçmiş tarihlerde kullanılan ilaçları gösteren Medula sisteminde kayıtlı belge örneğinin verildiği ve sanığın bu yöntemle elde edip vekiline verdiği belge örneğinin, vekili tarafından, ... 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/367 esas sayılı dosyasına, "... İddia edilen olay sebebiyle davacı tarafın psikolojisinin bozulduğu doğru değildir. Davacının psikolojisi başka nedenlerle de bozulmuş olabilir. Ekte sunduğumuz eczane kayıt bilgilerinden görüleceği üzere davacı taraf bozulduğunu iddia ettiği psikolojisi ile ilgili hiçbir ilaç kullanmamıştır..." biçimindeki cevap dilekçesinde yer alan açıklamaları desteklemek amacıyla sunulduğu anlaşılmalı, Katılanın geçmiş tarihlerde kullandığı ilaçları gösteren ve üzerinde T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum tarihi gibi nüfus bilgilerinin de yazılı olduğu 15.01.2015 tarihli belgenin, tazminat davasına konu edilen ve 2012 yılında gerçekleşen olayla doğrudan bir bağlantısı bulunmayıp, tazminat davasının görüldüğü mahkemeden katılanın ... durumuna ilişkin araştırma yapılmasının talep edilebileceği ve tazminat davasındaki uyumsuzluğun çözümüne ilgili belgelerin hukuka uygun yöntemlerle gerekli görüldüğü ölçüde mahkemeye temin edilebileceği de gözetildiğinde, katılanın kişisel verilerini rızasına aykırı ve sürekli olarak muhafaza edecek şekilde ele geçiren sanık hakkında üzerine atılı verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, suçun unsurlarının oluşmadığına ve mahkumiyete yeterli delil bulunmadığına dair gerekçeden yoksun ibarelere dayalı olarak sanık hakkında beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırıdır" şeklinde görüş beyan etmek suretiyle hukuka uygun yöntemlerle mahkemeden veri temin edilmesinin talep edilmesi yoluyla mahkemenin gerekli gördüğü ölçüde kişisel veriyi temin edebilmesinin mümkün olması karşısında katılanın kişisel verilerinin ele geçirilerek mahkemesine cevap dilekçesi ekinde sunulmasının savunma hakkı kapsamında olmadığı kanaatine varmıştır. Yine bir başka kararında Yargıtay; avukat olan sanığın, yaklaşık dört aydır bürosunda sekreter olarak çalışan katılanın çalışma koşulları, işe devamı gibi şahsi kişisel verilerinin de yer aldığı birtakım notlar tutarak, başkaları tarafından okunması ya da elde edilmemesi amacıyla çekmecesinde sakladığı, mağdurun bu notları inceleme yetkisi bulunmadığı hâlde, sanıktan izin almaksızın ele geçirmek suretiyle okuduğu, kendisiyle ilgili bir kısım kişisel verilerin yer aldığı düşüncesiyle şikâyetle bulunarak soruşturma organına teslim ettiği olayda; her ne kadar söz konusu notlara, delil niteliğine sahip olduğu kanaatıyla Bolu Sulh Ceza Mahkemesi'nin 06.08.2014 tarihli ve 2014/214 değişiki ... sayılı



Ancak o hakkın tesisi, kullanılması ya da korunması için işlenen veri, kanunen işlenmesi özel şekil şartlarına tabi kılınmış bir veri ise bu verinin işlenmesi o şekil şartlarını taşıyıp taşımadığına bağlı olup, söz konusu fıkra tek başına verinin işlenmesini hukuka uygun kılmaya yetmeyecektir.

Burada bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması amacıyla işlenen kişisel veri ile veri sorumlusunun meşru menfaatleri için işlenen veri arasındaki ayrımın da ortaya konulması gerekmektedir. Zira ikisi de temelde hakkın kullanılması sebebine dayanan bu iki hukuka uygunluk sebebi arasındaki sınır KVKK'da iyi çizilmemiştir.

Konunun ayırt edilmesinin bir diğer önemli yanı ise bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması amacıyla özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi mümkünken, meşru menfaat sebebiyle özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olmasıdır.

Ayrıca veri sahibinin haklarına hukuka aykırı ve ölçsüz bir müdahale teşkil etmediği müddetçe ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerine veriyi işlemek yoluyla etki etmek, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması amacıyla kişisel verinin işlenmesi bakımından mümkünken, verinin meşru menfaate dayalı olarak işlenebilmesi için ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerine zarar verilmemesi gerekmektedir.

Bu iki hukuka uygunluk sebebi arasındaki en büyük fark kanaatimizce ancak “bir hakkın tesisi, kullanılması ya da korunmasıyla ilgili olmayan meşru menfaatlerin” Kanunun 5/2, f bendi uyarınca; “İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebilecek olmasıdır.

#### **XIV. İLGİLİ KİŞİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE ZARAR VERMEMEK KAYDIYLA, VERİ SORUMLUSUNUN MEŞRU MENFAATLERİ İÇİN VERİ İŞLENMESİNİN ZORUNLU OLMASI**

Veri sorumlusunun meşru menfaati, kişisel veriler özelinde kabul edilen ve KVKK da düzenlenen bir hukuka uygunluk nedenidir. Veri sorumlusunun meşru menfaati nedeniyle verinin işlenmesi aynı zamanda veri sorumlusunun hakkını

kararıyla el konulduğu, dosya içeriğinden sekreter olan katılanın sanığa ait çekmeceyi işi gereği açma yetkisine sahip olduğuna ilişkin sanığın açık veya örtülü bir rızasının bulunmadığı, ele geçen notlar ve sanığın savunmasına göre katılanın kişisel verilerinin yazılı olduğu anlaşılması ise de; bir suçun ispatı amacını taşısa bile kamu görevlisi olmayan özel şahıs statüsünde bulunan katılanın, kamu görevlerine ilişkin hükümlere tabii olması nedeniyle suçüstü hâlinin gerçekleşmediği bir durumda, ... yeri dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle CMK. 116 ve 130/1 maddelerine aykırı şekilde delil ele geçirme yönteminin hukuka aykırı olduğu ve yasa delil niteliğindeki suça konu el notlarının Anayasanın 38/6. maddesi ve CMK'nın 206 ve 217. maddeleri uyarınca hükme esas alınamayacağı kabul edilmelidir” kanaatine varmıştır. (YCGK, E. 2019/12-311, K. 2023/13, T. 18.1.2023, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

kullanması anlamına gelir. O halde meşru menfaatin bir hakka dayanması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu hak bir gerçek kişiye ait olabileceği gibi kendine özgü menfaatleri bulunan tüzel kişiliğe de ait olabilir. Veri sorumlusunun meşru menfaati hukuka uygunluk nedeni kanundan kaynaklanmakta ise de bu hukuka uygunluk nedenine vücut veren menfaatin kanundan kaynaklanması bir zorunluluk olmayıp hukukça korunan bir menfaat olması yeterlidir.

Örneğin bir şirket sahibinin, çalışanlarının temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, onların terfileri, maaş zamları yahut sosyal haklarının düzenlenmesinde ya da işletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde görev ve rol dağılımında esas alınmak üzere çalışanların kişisel verilerinin işlenmesi şirket sahibinin meşru menfaati kapsamına alınmıştır.<sup>103</sup>

Menfaatin meşru kabul edilebilmesi için aranan kıstaslar kural olarak şöyledir:

#### (i) Amaç

Veri sorumlusunun ilgilinin kişisel verisini işleyerek ulaşmak istediği amacının gerçekleşmesinde meşru bir menfaatinin olduğu ortaya koyulmalıdır.<sup>104</sup> Amaç meşru değilse menfaatin de meşru olduğu söylenemez. Meşru menfaat, mevcut, belirli ve açık olmalıdır.

Meşru menfaatin hukukça korunan bir hakka dayanması gerekir. Ancak KVKK'nın kapsamına girmeyen, veri sorumlusunun sahip olduğu menfaatler arasında mütalaa edilemeyecek şahsi menfaatlerin KVKK kapsamında meşru bir menfaat kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda kanaatimizce göreve ilişkin olmadığından KVKK kapsamına girmeyen bir veri işleme faaliyeti mevcut bulunacağından meşru menfaat, KVKK kapsamında fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır. Öte yandan meşru menfaat şartlarına uygun düştüğü ölçüde KVKK kapsamına girmeyen veri işleme hallerinde de bu kez hakkın kullanılması genel hukuka uygunluk nedeni<sup>105</sup> kapsamında mütalaa edilebildiği ölçüde somut olaya uygulanma kabiliyetine sahip olabilir ve fiili hukuka uygun kılabilir.

#### (ii) Orantılılık

Kişisel verinin işlenmesinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemesi gereklidir.

<sup>103</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, s. 12, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024. Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

<sup>104</sup> Bkz., "Veri sorumlusunun kanuni yükümlülüğünü yerine getirmek için işlediği kişisel verileri meşru menfaat çerçevesinde kullanma talebiyle Kuruma yapmış olduğu başvuru", Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 15.04.2024.

<sup>105</sup> TCK m.26/1 uyarınca "hakkını kullanan kimseye ceza verilmez".

Ancak adı geçen düzenlemede zarardan ne kastedildiği açık değildir. Özellikle maddi, ölçülebilir zararların yanı sıra manevi zararların da bu kapsama girip girme-yeceğinin değerlendirilmesi, tehlike suçu olarak düzenlenen bu suçlarda verisi işle-nen kişinin bu nedenle temel hak ve hürriyetlerinin ölçülebilir bir zarara uğramadığı ancak gerçekleşen ihlalle birlikte tehlikeye sokulduğu hallerde meşru menfaatin söz konusu olup olmayacağı tartışılması gerekmektedir. Zira kişisel verisi işlenen ki-şinin hukuki değer veya menfaatlerinin ihlal edildiği açıktır ki ilgili fiiller TCK'da suç olarak kabul edilmektedir. O halde eğer ihlalle zarar eş anlamlı olarak görülürse, zaten kişisel verisi ihlal edilen kişinin özel hayata saygı kapsamında kişisel verisinin korunmasını isteme temel hak ve özgürlüğü ihlal edildiğinden kişisel verinin işlendiği her halde zararın da olduğu varsayılır ve söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanmak neredeyse hiçbir koşul ve şart altında mümkün görülmez. Ancak bu nedenden hareketle bu kez her tür tehlikeyi kapsam dışında tutmak da kimi zaman mağdurun hiçbir ölçülebilir zararı olmasa dahi ağır manevi zarara uğradığı hallerde failin fiilinin hukuka uygun kabul edilmesi riskini doğurarak uygulayıcıyı hakkaniyetli bir çözümden uzak sonuçlara ulaştırmak riskini taşımaktadır. Kanaatimizce meşru menfaate dayalı olarak kişisel veri işlenirken yapılan orantılılık değerlendirmesinde, ölçülebilir zarar tespitinin yarışan hak ve menfaatlerle dengelenmesi gerekir. Veri işleyen kişinin veriyi işlemekteki menfaati verisi işlenen kişinin ihlal edilen menfaa-tinden üstün veya en azından bu menfaate eşitse ve verisi işlenen kişinin ölçülebilir bir zararı da söz konusu değilse, ortada hukuka uygun bir veri işleme fiilinin olduğu kabul edilmelidir. Hemen ifade edelim ki kanun koyucu özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartları arasında meşru menfaati saymamaktadır. Dolayısıyla özel nitelikli kişisel verilerin temsil ettiği hukuki değer ve menfaatlerin önemi dolayısıyla meşru menfaat kapsamında işlenmesi hukuka uygun olmayacaktır.

Veri sorumlusunun meşru menfaati, gerçekleştirilecek işleme sonucunda elde edeceği faydaya yöneliktir. Veri sorumlusunun elde edeceği fayda; meşru, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüğü ile yarışabilecek düzeyde etkin, belirli ve halihazırda mevcut bir menfaatine ilişkin olmalıdır. Bu da veri sorumlusunun menfaati ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında makul bir denge sağ-lanmasını gerektirmektedir.<sup>106,107</sup> Yapılan denge testinde veri sorumlusunun meşru

<sup>106</sup> Anayasa Mahkemesi, 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında meşru menfaatin tespiti için denge testi işletmiş, böylelikle meşru menfaatin tespiti için ele alınması gereken ölçütleri de "ölçülülük" ilkesi çerçevesinde belirlemiştir. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

<sup>107</sup> Bkz., Meşru menfaatin tespitinde Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayımlanan "Veri sorumlusunun kanuni yükümlülüğü ve meşru menfaati çerçevesinde kişisel veri işlemesine iliş-kin" 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 sayılı karar, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024) Ayrıca bkz., Mesut Serdar Çekin, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016, s. 636.

menfaati çok güçlü ve etkin olmadığı takdirde, ilgili kişinin hak ve menfaatleri, veri sorumlusunun meşru ancak daha az öneme sahip menfaatinden daha üstün gelebilecektir. Bu gibi bir durumda kişisel verinin meşru menfaate dayalı işlenmesi hukuka uygun olmayacaktır.<sup>108</sup>

### (iii) Zorunluluk

Veri sorumlusunun kişisel verinin işlenmesiyle elde edeceği meşru amacın gerçekleştirilebilmesi için kişisel verinin işlenmesinin zorunlu olması şarttır. O veri işlenilmeksizin kişisel verinin işlenmesinden beklenen amaca ulaşılamayacaksa kişisel veriyi işlemenin zorunlu olduğu kabul edilebilir. Veri sorumlusu dışındaki kişilerin menfaati bu hukuka uygunluk nedenine vücut vermez. Genel hükümler saklıdır.

## XV. VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU

TCK'nın 138. maddesi uyarınca; “kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır”.

Suçta fiil, yok edilmesi gereken verinin yok edilmemesidir. Yok etmek verinin geri döndürülemez şekilde silinmesidir. KVKK uyarınca kişisel verilerin yok edilmesi, kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir.<sup>109</sup>

KVKK'nın 7. maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler de Kanununun 17/2. maddesinin TCK'nın 138. maddesine yaptığı yollama gereği bu suçun cezasıyla cezalandırılırlar.

Kişisel verilerin silinmesi, kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir.<sup>110</sup>

Kişisel verilerin anonim hale getirilmesi, kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesidir.<sup>111</sup> Kişisel verilerin anonim hale getirilmesi için; kişisel verilerin, veri sorumlusu, alıcı veya alıcı grupları tarafından geri döndürme ve verilerin başka verilerle eşleştirilmesi gibi kayıt ortamı ve ilgili fa-

<sup>108</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, s. 14, 15, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

<sup>109</sup> Yönetmelik m.9/1.

<sup>110</sup> Yönetmelik m.8/1.

<sup>111</sup> KVKK m.3-1,b.

aliyet alanı açısından uygun tekniklerin kullanılması yoluyla dahi kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemez hale getirilmesi gerekir.<sup>112</sup>

Veri sorumlusu, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hale getirilmesiyle ilgili gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür.<sup>113</sup>

Kural olarak veri sorumlularının Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi (VERBİS)'ne kayıt yükümlülükleri vardır.<sup>114</sup> Kişisel verilerin mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan azami muhafaza edilme süreleri de kayıt yükümlülüğü kapsamında iletilecek bilgiler arasındadır.

Veri sorumluları, kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami sürenin belirlenmesi, bu sürelerin kişisel veri işleme envanterinde belirtilen bilgilerle uyumu ve azami sürenin aşılmamasının takibi için kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlayarak, bu politikanın uygulanmasını temin etmelidir. Kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlayan veri sorumlusu, kişisel verileri silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülüğünün ortaya çıktığı tarihi takip eden ilk periyodik imha işleminde, kişisel verileri siler, yok eder veya ano-

<sup>112</sup> Yönetmelik m.10/2.

<sup>113</sup> Yönetmelik m.8/2, 9/2, 10/3.

<sup>114</sup> Kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları, kişisel veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi (VERBİS)'ne kayıt yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Türkiye'de ya da yabancı ülkede yerleşik gerçek veya tüzel kişilerin Türkiye'de kişisel veri işlemleri durumunda sicile kayıt yükümlülükleri vardır. Aksi halde kişisel veri hukuka aykırı olarak kaydedilmiş ve işlenmiş olacaktır. Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından kayıt yükümlülüğüne istisna getirilen haller ise şu şekilde sıralanabilir:

- a) Herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla yalnızca otomatik olmayan yollarla kişisel veri işleyenler,
- b) 18/01/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren noterler,
- c) 04/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununa göre kurulmuş derneklerden, 20/02/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre kurulmuş vakıflardan ve 18/10/2012 tarihli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre kurulmuş sendikalarla yalnızca ilgili mevzuat ve amaçlarına uygun, faaliyet alanlarıyla sınırlı ve sadece kendi çalışanlarına, üyelerine, mensuplarına ve bağıışçalarına yönelik kişisel veri işleyenler (Yalnızca ilgili mevzuat ve amaçlarına uygun, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak üzere kişisel veri işleyen Türkiye'de yerleşik dernek, vakıf ve sendikalarla kendisine bağılı herhangi bir iktisadi işletmesi bulunanların Sicile kayıt olmaları ve Sicile kayıtları esnasında yalnızca iktisadi işletmelerin faaliyetlerine ilişkin bilgi girişı yapmaları gerekir),
- d) 22/04/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa göre kurulmuş siyasi partiler,
- e) 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren avukatlar,
- f) 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler,
- g) Arabulucular,
- h) Yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllık mali bilanço toplamı 100 milyon TL'den az olan gerçek veya tüzel kişi veri sorumlularından ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olmayanlar. (Bkz., 2018/32, 2018/68, 2018/75, 2018/87 ve 2023/1154 sayılı Kurul Kararları <https://www.kvkk.gov.tr/>, erişim tarihi: 20.04.2024).

nim hale getirir. Periyodik imhanın gerçekleştirileceği zaman aralığı, veri sorumlusu tarafından kişisel veri saklama ve imha politikasında belirlenir. Bu süre her halde altı ayı geçemez. Ancak kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlama yükümlülüğü altında bulunmayan veri sorumlularının da kişisel verileri saklama, silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülükleri devam eder. Kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlama yükümlülüğü olmayan veri sorumlusu, kişisel verileri silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülüğünün ortaya çıktığı tarihi takip eden üç ay içinde, kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir. Kurul, telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık halinde, bu süreleri kısaltabilir.<sup>115</sup>

Veri sorumlusu, Kurul tarafından aksine bir karar alınmadıkça, kişisel verileri resen silme, yok etme veya anonim hale getirme yöntemlerinden uygun olanını seçer. İlgili kişinin talebi halinde uygun yöntemi gerekçesini açıklayarak seçer.<sup>116</sup> Kanunlarda açıkça verinin yok edilmesinin emredildiği hükümler saklıdır.<sup>117</sup>

Kişisel veriler işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmışsa, ilgili kişinin talep etmesi durumunda da silinmeli veya yok edilmelidir. İlgili kişi, KVKK'nın 11. ve 13. maddelerine istinaden veri sorumlusuna başvurarak kendisine ait kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep ettiğinde,<sup>118</sup>

- a) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmışsa; veri sorumlusu talebe konu kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir. Veri sorumlusu, ilgili kişinin talebini en geç otuz gün içinde sonuçlandırır ve ilgili kişiye bilgi verir.
- b) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmış ve talebe konu olan kişisel veriler üçüncü kişilere aktarılmışsa veri sorumlusu bu durumu üçüncü kişiye bildirir; üçüncü kişi nezdinde gerekli işlemlerin yapılmasını temin eder.
- c) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmamışsa, bu talep veri sorumlusunca KVKK'nın 13/3. fıkrası uyarınca gerekçesi açıklanarak reddedilebilir ve ret cevabı ilgili kişiye en geç otuz gün içinde yazılı olarak ya da elektronik ortamda bildirilir.

<sup>115</sup> Yönetmelik m.5.

<sup>116</sup> Yönetmelik m.7/5.

<sup>117</sup> Bkz., ör. CMK m.80/2, 81/2, 134/1, 135/3,6, 139/6, 140/2,4. Bu kapsamda CMK'da kimi zaman imha etme, kimi zamansa yok etme terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce imha etmek bir yok etme yöntemidir. Dolayısıyla imha edilen veri yok edilmiş olacaktır. Ancak KVKK kapsamında "imha"nın kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesini (Yönetmelik, 4/1-c) kapsayan bir üst kavram olarak ele alınması karşısında, CMK'da ifade olunan "imha"nın ne anlama geldiğinin bir tanım hükmüyle belirli kılınması yerinde olacaktır.

<sup>118</sup> Yönetmelik m.12.

Suç, tehlike suçudur, zarar aranmaz. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi şeklinde somutlaşan ihmal hareketiyle işlenir. Suça teşebbüs olmaz.<sup>119</sup>

Mağdurun rızası fiili hukuka uygun kılmaz.<sup>120</sup> Zira Kanunda kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandıran bir işlemin hangi şartlar altında gerçekleştirileceği öngörülümüşse, kural olarak rıza, kanun açıkça geçerlilik tanımadıkça o işlemde bir hukuka uygunluk nedeni olmaz.

Suç kasten işlenir, fiilde hata mümkündür. Hukuki hata kaçınılmaz olmadıkça mazeret sayılmaz.<sup>121</sup>

Verileri yok etmeme suçunun konusunun CMK hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken bir veri olması suçun nitelikli halidir. Ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken bu verilere CMK'da düzenlenen; "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" (m.135/3,6, 137/3), "Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi" (m.139/6), "Teknik araçlarla izleme" (m.140/4), "Fizik kimliğin tespiti" (m.81/2) ve "Genetik incelemeler" (m.80/2) örnek olarak verilebilir.<sup>122</sup>

## XVI. SUÇLARIN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ

Suçların işleniş biçimleri, Türk ceza hukukunda suça teşebbüs, suça iştirak ve suçların içtimaı olarak üç temel başlık altında incelenebilir. Suçların içtimaı ise TCK'da bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima başlıkları altında düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Kişisel verilere karşı işlenen suçlar salt hareket suçu olmaları nedeniyle kural olarak bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Ancak hareketin parçalara bölünebildiği istisnai hallerde kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçlarına teşebbüs mümkün olabilir.<sup>123</sup> Buna karşın verileri yok etmeme suçu yalnızca ihmal hareketle işlenebilen bir salt hareket suçu olduğu için ya kişisel verileri yok etmek için gereken süre geçmiştir ve veriler yok edilmemiştir ya da henüz suç oluşmamıştır. Dolayısıyla bu suçta teşebbüs mümkün değildir.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> Özбек/Doğan/Bacaksız, s. 603; Yokuş Sevük, s. 260.

<sup>120</sup> Özбек/Doğan/Bacaksız, s. 596, 601, 605; Dülger, s. 598; Korkmaz, s. 501. Bkz. aksi yönde, Yokuş Sevük, s. 260; Koca/Üzülmez, s. 651; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Aruç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II Madde 86-146, Ankara 2010, s. 4136.

<sup>121</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 293.

<sup>122</sup> Bkz., Yargıtay 17. CD, E. 2015/22839, K. 2017/2999, T. 14.03.2017, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024. Ayrıca bkz. İHAM, S. ve Marper v. Birleşik Krallık (Başvuru no: 30562/04 ve 30566/04); Gardel v. Fransa (Başvuru no: 16428/05); P.N. v. Almanya (Başvuru no: 74440/17), <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.04.2024.

<sup>123</sup> Koca/Üzülmez, s. 626, 638.

<sup>124</sup> Koca/Üzülmez, s. 652.

KVKK kapsamına giren hallerde, kişisel verilere karşı işlenen suçlar bakımından suça iştirak mümkündür. Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme suçları açısından ihlal edilen kanun maddesine göre veriyi işleme/yok etme yetkisini ya da sorumluluğunu haiz olan gerçek kişiler kural olarak asli fail olarak sorumlu olabilirken, diğer suç ortakları azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.<sup>125</sup>

Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi ve verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçları bakımından bu sonuç suçun işleniş şekline, doğasından kaynaklanan fiili bir durum olup (görünüşte özgü suç), KVKK kapsamında işlenen suçları hukuken özgü fail tarafından işlenebilen özgü suçlardan yapmaktadır. Zira KVKK 17/1. maddesinde suçlara ilişkin olarak TCK'nın 135-140. maddelerinin uygulanacağını ifade etmektedir ve ilgili suç tipleri yapısına uygun düştüğü ölçüde KVKK kapsamında olmayan kişisel veri ihlallerini de cezalandırıcı için özgü suç özelliği göstermemektedirler.

Buna karşın verileri yok etmeme suçu ancak verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü kişi tarafından işlenebildiğinden özgü suç özelliği gösterir ve özgü fail dışındaki suç ortakları suça azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.<sup>126</sup> Aynı sebepten hareketle KVKK'nın 17/2. fıkrasında ifade olunan suç, TCK'nın 138. maddesi kapsamına girmeyen "silmeme" veya "anonim hale getirmeme" fiillerini suç olarak düzenlediğinden söz konusu suçun ancak veriyi silme veya anonim hale getirme yükümlülüğünü haiz kişi tarafından işlenebilen bir özgü suç olduğunu kabul etmek gerekir. Bu suça iştirak edenler azmettiren ya da yardım eden olabilirlerse de asli fail olarak sorumlu tutulamazlar.

Diğer taraftan suçun kamu görevlisi tarafından ya da belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesinin suçun nitelikli hali olarak kabul edildiği kişisel verilerin kaydedilmesi ya da verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi fiillerinin varlığında bu nitelikli hal söz konusu nitelikleri haiz olmayan diğer suç ortaklarına uygulanmayacaktır.<sup>127</sup>

KVKK m.17/1, kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nın 135-140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağını amirdir. Adı geçen fıkra uyarınca gerçekleşen kişisel veri ihlallerinde yapısına uygun düştüğü ölçüde değerlendirilebilecek normlar TCK'nın ilgili normlarından biri olduğundan KVKK'nın 17/1. maddesi ile TCK'nın 135-140. maddeleri arasında bir özel norm-genel norm iliş-

<sup>125</sup> Bkz., bu suçlarda faille ilişkin ayrıntılı bilgi için, yukarıda, "Kişisel Verilere Karşı İşlenen Suçlarda Fail, Mağdur, Maddi Konu ve Hukuki Konu".

<sup>126</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 292.

<sup>127</sup> Koca/Üzülmez, s. 626.



kisi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda ihlal tek olduğundan KVKK ile TCK arasında cezası ağır olan suçtan cezalandırılmayı gerektirecek ve birden fazla kanun hükmünün ihlaline vücut verecek nitelikte bir fikri içtima ilişkisinin doğması da söz konusu değildir.

Öte yandan KVKK'nın 17/2. fıkrasının hukuki niteliği itibariyle yaptığı yollama gereği müeyyidesi TCK'nın 138. maddesinde belirli kılınmış bir eksik ceza normu olarak kabul edilmesi gerekir. Zira TCK, 138. maddesinde sadece kanunların belirlediği süreler geçmiş olmasına rağmen verileri yok etmemeyi suç olarak düzenlemektedir ki KVKK'nın 17/1. fıkrasının yaptığı yollama gereği yok etmesi gereken veriyi yok etmeyenler bakımından TCK'nın 138. maddesini uygulamak her zaman mümkündür. Ancak KVKK'nın 17/2. fıkrası kişisel veriyi yok etmeyenlerin değil, kişisel veriyi silmesi ya da anonim hale getirmesi gerekirken bunu yapmayanların TCK'nın 138. maddesiyle cezalandırılacağını hükme bağlayarak kişisel verilere karşı gerçekleştirilen söz konusu ihlalleri de suç olarak düzenlemiştir. Bu halde suçların içtima söz konusu olmayıp cezası TCK'nın 138. maddesinde belirli kılınmış ayrı bir suç tipinin olduğunu kabul etmek gerekir. Failin, tek fiiliyle hem KVKK'nın 17/2. fıkrasını hem de TCK'nın 138. maddesini ihlal etmesi söz konusu değildir.

KVKK'nın söz konusu Kanun kapsamında işlenen kişisel veri ihlallerine yönelik suçlar bakımından TCK'nın 135-140. maddeleri ile sınırlı olarak yaptığı atıf gereği KVKK kapsamında işlenen suçlarla TCK'nın diğer hükümleri arasında fikri içtima ilişkisinin olması da kural olarak mümkün değildir. Böyle bir durumda suçun faili ihlal edilen kanun maddesine göre sadece TCK'nın 135-140. madde hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.

Kişisel verilere karşı işlenen suçlarda ihlal edilen hukuki konunun aynı olduğu ve her bir suçun kişisel verilere yönelik ihlale yol açan farklı fiilleri cezalandırdığı göz önünde bulundurulduğunda, bu suçlarda tek fiille TCK'nın 135-140. maddeleri arasındaki birden fazla farklı suçun oluşması mümkün değildir. Dolayısıyla bu maddeler arasında fikri içtima hükümleri uygulanmayacak, fail, işlediği birden fazla suç fiilin söz konusu olduğu durumlarda, bu suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.<sup>128</sup>

KVKK kapsamında olmayan kişisel veri ihlallerine ilişkin fikri içtima hükümleri saklıdır.<sup>129</sup>

Diğer yandan Yargıtay, yerleşik uygulamalarında kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, yasal anlamda, TCK'nın 135/1 ve aynı Kanunun 136/1.

<sup>128</sup> Koca/Üzülmez, s. 639.

<sup>129</sup> Yokuş Sevük, s. 257; Koca /Üzülmez, s. 638 vd.

madde ve fıkraları kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği, bu hal-lerde sorumluluğun TCK'nın 134. maddesi uyarınca doğacağı kanaatindedir.<sup>130</sup> Hem TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda hem de aynı Kanununun 135. maddesinde düzenlenen kişiler verilerin kaydedilmesi suçunda suçla ihlal edilen, cezayla korunan hukuki değer veya menfaat özel hayat alanı olmakla birlikte kişisel verilere karşı suçlarda öne çıkan özellik, özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıdır. O halde eğer görüntü veya sesten müteşekkil bu kişisel veri özel hayatın gizli alanına dahilse bu verinin kaydedilmesi özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna vücut verirken ihlal edilen veri özel hayatın gizli alanına dahil değilse ya da içerik itibarıyla özel hayatın gizli alanına dahil olan bu veri görüntü ya da ses değil de bu görüntü veya sesin temsil ettiği verileştirilmiş bir değerse kayıt işlemi kişisel verinin kaydedilmesi suçuna vücut verecektir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle işlenmesi halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçuyla kişisel verilerin kaydedilmesi suçu arasında bir genel norm-özel norm ilişkisinin doğduğunu ve özel normun öncelikle uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekir.<sup>131</sup> Özel hayatın gizli alanı söz konusu olduğunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna nazaran korunan gizli hayat alanının genel olarak kişisel verilere yönelik değer ve menfaatlere kıyasla üstün nitelikli değer olması nedeniyle uygulanması gereken özel norm olarak ön plana çıkarken, kayda konu ihlalin kişisel veri niteliğinin öne çıktığı durumlarda bu kez kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşacaktır. Örneğin, cinsel hayata ilişkin bir görüntünün ya da sesin veri işleyen fail tarafından kaydedilmesi, KVKK kapsamında hukuka aykırı işlenen bir kişisel veri olarak değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında kabul edilirken, mağdurun, cinsel yaşamına, örneğin cinsel tercihlerine ilişkin bir bilginin, yazılı olarak hukuka aykırı bir şekilde bilgisayara kaydedilmesi kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun nitelikli hali olacaktır. Öte yandan belirtmek gerekir ki KVKK'nın 17/1. maddesinin kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nın 135-140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı amir hükmü gereği KVKK kapsamına giren ihlaller bakımından kural olarak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu söz konusu olmaz. Zira KVKK kapsamında veriyi işleyen kimsenin özel hayatının gizli alanına yönelik ses ve görüntü kaydetmesi kendisine kanunen tanınan bir yetki olmadığından bu verilerin hukuka aykırı olarak kaydı KVKK kapsamında bir hukuka aykırı kişisel veri işleme faaliyeti olarak kabul edilemez. Böyle bir durumda KVKK'nın 17. maddesi değil, TCK'nın 134. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

<sup>130</sup> Yargıtay 12. CD, E. 2019/10278, K. 2022/8677, T. 16.11.2022. Ayrıca bkz., Yargıtay 12. CD, E. 2022/4512, K. 2022/6716, T. 12.10.2022; E. 2020/11958, K. 2022/5680, T. 14.9.2022, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

<sup>131</sup> Bkz. aynı yönde Koca/Üzülmez, s. 628.

Veriyi hukuka aykırı olarak işleyen kamu görevlisi olduğu ya da belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlediği haller suçun nitelikli halini teşkil etmekte olup nitelikli halin görevi kötüye kullanma suçuna vücut verdiği durumlarda (TCK m.257/1) ihlal edilen kanun maddesine göre sadece TCK'nın 135-137. maddelerinden sorumluluk doğar. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçunun kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun ağırlaştırıcı nedeni olduğu, dolayısıyla da dar anlamda bileşik suç ilişkisinin söz konusu olduğu söylenebilir. Öte yandan zaten özgü suç olması dolayısıyla yok etmesi, anonimleştirilmesi veya silmesi gereken veriyi öngörülen süre geçmiş olmasına rağmen yok etmeyen, silmeyen, anonimleştirmeyen failin kamu görevlisi olması verileri yok etmeme suçunun unsuru ya da nitelikli hali olarak düzenlenmemiştir. Ancak failin bu suçta görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme gösteren bir kamu görevlisi olması halinde görüntüde içtima ilişkisi içinde bir görüşe göre asli-tali (yardımcı) norm kapsamında,<sup>132</sup> kanaatimize göre ise muhtemel bileşik suç (geniş anlamda bileşik suç)<sup>133,134</sup> kapsamında karma suç söz konusu olabilir. Zira kamu görevlisinin görevini ihmal etmeden hukuka aykırı olarak kişisel veriyi silmemesi, yok etmemesi ya da anonimleştirmemesi mümkün değildir. Bu halde kanunun suç teşkil eden özel hükümlerinden kaynaklanan bir unsur ya da ağırlaştırıcı neden ilişkisi söz konusu olmamakla birlikte somut olayın içkin özelliği gereği zorunlu olarak aynı olaya uygulanabilir olan normlardan biri çifte değerlendirme yasağının sonucu olarak diğer normun fiil unsuru içinde erimekte, absorbe edilmekte ve faile yalnızca tüketen normdan ötürü ceza verilmektedir.<sup>135</sup> Bu halde büyük suçun küçük suçu içerdiği de söylenebilir.<sup>136</sup>

<sup>132</sup> Kayhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Y. 2008, s. 46.

<sup>133</sup> Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, Padova 1979, p. 430, 431.

<sup>134</sup> Kanaatimizce söz konusu kabul esasını TCK'nın "bileşik suçu" düzenleyen 42. maddesinde bulmaktadır. Zira bizce söz konusu düzenleme hem dar anlamda hem de geniş anlamda bileşik suça işaret etmektedir. TCK'nın özel hükümlerinde örneklerine rastladığımız (ör. TCK m.148) bileşik suçlar dar anlamda bileşik suça işaret etmekte olup söz konusu düzenlemeler halihazırda mevcut olduğundan tamamlayıcı ve bağımlı bir ceza normu (bkz., Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s. 278) normu olan TCK'nın 42. maddesine tam ceza normu niteliğindeki bu suçlar bakımından ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak kanunun özel hükümlerinde bu yönde bir açık düzenleme olmamakla birlikte oluş biçimine göre işlenen suçun içkin özelliği, doğası gereği filen bir başka suç işlenmeksizin diğer suçun işlenmesinin mümkün olmadığı, bir başka deyişle somut olayın özelliği gereği bir başka suçun zorunlu olarak diğer suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olduğu durumlarda TCK'nın 42. maddesini somut olaya uygulayarak faili muhtemel bileşik suç hükümlerine göre tek suçtan sorumlu tutmak mümkündür kanaatindeyiz. Nitelikli cinsel saldırının gerçekleştirildiği esnada aynı zamanda failin doğası gereği kişinin hürriyetinden yoksun kılıyor olması sebebiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel saldırı suçunun fiil unsurunu teşkil ederek içinde erimesi bu duruma örnek gösterilebilir. (Bkz., Cass. pen., Sez. III, sentenza del 13 ottobre 2020 (dep. 6 novembre 2020), n. 30931, Pres. Ramacci, est. Corbetta, ric. Giannieri, <https://www.sistemapenale.it/>, erişim tarihi: 18.04.2024).

<sup>135</sup> Özel normun önceliği ilkesinin geçerli olacağına yönelik farklı görüş için bkz., Koca/Üzülmez, s. 626.

<sup>136</sup> Mantovani, p. 432.

Öte yandan o somut olay bakımından bir başka suçun işlenmesinin diğer suçun işlenmesinde zorunluluk arz etmediği hallerde karma suçun söz konusu olmayacağı ve failin işlediği fiil sayısınca suçtan ötürü sorumlu tutulacağı kabul edilebilir. Kişisel veriyi çevrimiçi bir sistem üzerinden verirken ya da yayarken sistem o veriyi aynı zamanda kaydediyorsa, bir başka deyişle kaydetmeksizin o somut olayın özellikleri dahilinde veriyi vermek ya da yaymak mümkün kabul edilemeyecekse karma suçun söz konusu olup olmadığı tartışılabilir. Ancak kural olarak kaydetmeden vermek ya da yaymak mümkün olduğundan kanaatimizce bu halde fiil sayısınca suç vardır. Kaydetmek ve vermek/yaymak fiillerini iki ayrı fiil olarak kabul ettiğimizden fail hem kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan hem de verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan ötürü ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.<sup>137</sup>

Suçların zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Fail, bir suç işleme kararını icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişinin kişisel verilerini birden fazla defa hukuka aykırı olarak kaydederse (TCK m.135) ya da hukuka aykırı olarak verir veya ele geçirirse (TCK m.136) ya da farklı zamanlara yok etmesi, silmesi veya anonimleştirilmesi gereken o kişiye ait birden fazla veriyi bir suç işleme kararını icrası kapsamında silmez, anonimleştirmez ya da yok etmezse (TCK m.138) ihlal edilen kanun maddesine göre bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Öte yandan söz konusu suçlarda aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi de mümkün olabilir. Bu halde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.<sup>138</sup> Tek fiille aynı kişiye ait çok sayıda veri işlenmişse ya da aynı kişiye ait çok sayıda yok edilmesi, silinmesi, anonimleştirilmesi gereken kişisel veri üzerinde söz konusu işlemler yapılmamışsa, amaçta ve zamanda birlik olduğundan hareket tek sayılır ve tek fiille aynı kişiye karşı gerçekleştirilmiş olan böyle bir suçta zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> Bkz., bu halde fikri içtimanın düşünülmesi gerektiği yönünde farklı görüş için; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 596.

<sup>138</sup> Yargıtay 12 CD, E. 2019/11353, K. 2022/4962, T. 23.6.2022 sayılı kararında; "Sanık İlhan'ın, mağdur Büşra ile adı geçen mağdurun nişanlısı olan diğer mağdur Y.'a ait kişisel veri niteliğindeki cep telefonu numaralarını, kullanıcısı olduğu cinsel içerikli sahte Facebook hesabında, mağdurların rızasına aykırı şekilde yayımlaması biçiminde sübut bulan eyleminin, TCK'nın 43/2. madde ve fıkrası kapsamında zincirleme şekilde verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna ilişkin yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir" kanaatine varmıştır. Bizce, burada tek fiil değil, farklı kişilere ait yayımlanan cep telefonu numarası sayısınca fiil olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanmamalı, mağdur sayısınca suç olduğu kabul edilmelidir. (<https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

<sup>139</sup> Koca/Üzülmez, s. 627, 639, 653.

## SONUÇ

Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü veri kişisel veridir. Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri ise KVKK kapsamında özel nitelikli kişisel veriler olarak sınıflandırılmaktadır. Bu noktada KVKK ile suçun nitelikli hallerini düzenleyen TCK'nın 135/2. fıkrası arasındaki uyumsuzluğun giderilerek KVKK kapsamındaki her tür özel nitelikli kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesi halinin kişisel verilere karşı işlenen suçlarda bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

KVKK kapsamına giren hallerde kişisel verilerin işlenmesi, adı geçen kanunda düzenlenen özel şartların varlığına bağlı kılınmıştır. Söz konusu şartların varlığında veriyi işlemek hukuka uygun kabul edilecek, aksi halde somut olaya göre TCK'nın "kişisel verilerin kaydedilmesi" ya da "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçları oluşacaktır. Ancak TCK, hukuka aykırı olan her tür veri işleme halini değil, kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesi, verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi şeklide sübut bulan işleme hallerini cezalandırmaktadır. Kanunilik ve son çare ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde bunun yanlış bir tercih olmadığını, halihazırda KVKK'nın 18/1, b maddesinin aynı Kanunun 12/4. maddesine yaptığı atıf gereği suç olmayan bazı hukuka aykırı veri işleme hallerinin "veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamaz" hükmü kapsamında kabahat olarak idari para cezası ile müeyyidelendirilebileceğini düşünmekteyiz. Bu kapsama dahi girmeyen istisnai hallerde ise hukuka aykırı fiilleri suç ya da kabahat olarak değerlendirmek ceza siyasetinin gerekleri de dikkate alınarak kanun koyucunun takdirinde olacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesinin KVKK kapsamında hukuka uygun kabul edilebilmesi, kişisel verinin niteliğine göre verinin işlenmesi faaliyetinin kanunla muayyen şartları taşımasına bağlıdır.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bu şartlar; "ilgilinin açık rızası", "kanunlarda açıkça öngörülmesi", "fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması", "bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması", "veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu ol-

ması”, “ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması”, “bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması” ve “ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşuru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” şeklinde sıralanabilir. Söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinin kapsam ve sınırlarını belirlemek noktasında, ilgili bentler kapsamında herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle güçlüklerle karşılaşabilmektedir. Zaman içinde hukukun genel ilkelerine bağlı kalınarak yapılacak yorumlarla uygulamanın somutlaşacağı ve uluslararası düzenlemeler ile veri güvenliğinin geldiği nokta da dikkate alınarak mevzuattaki gerekli değişikliklerin yapılacağı düşüncesindeyiz.

KVKK uyarınca ilgili diğer kanun hükümlerine uygun işlenmiş olmasına rağmen işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasıyla silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi gereken verilerin, yasal süresi geçmesine karşın silinmemesi, yok edilmemesi ya da anonim hale getirilmemesi TCK'nın 138. maddesindeki “verileri yok etmeme” suçuna vücut verebilecektir. Öte yandan zaten hukuka aykırı işlenmiş bir kişisel verinin söz konusu olduğu durumlarda, işleme faaliyetine ilişkin hukuka aykırılığın, cezai, idari ve hukuki sorumluluk halleri saklı kalmak kaydıyla mevzuata uygun bir şekilde giderilmesi, bunun mümkün olmadığı hallerde ise kişisel verinin işlenmesi şartları ortadan kalktığından derhal yok edilerek hukuka aykırılığın devamının önüne geçilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu KVKK uyarınca veri sorumlusuna hukuka uygun olarak işlenen kişisel verilerin işlenme şartlarının tamamının ortadan kalkması halinde, silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi yöntemlerinden uygun olanı seçmek imkanını tanıdığından hukuka aykırı olarak işlenen bir verinin silinmesi ya da anonim hale getirilmesi mümkün olmayıp TCK'nın 138. maddesi gereği doğrudan yok edilmesi gereklidir.

Kural olarak veri sorumlularının Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi (VERBİS)'ne kayıt yükümlülükleri vardır. Kişisel verilerin mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan azami muhafaza edilme süreleri de kayıt yükümlülüğü kapsamında iletilecek bilgiler arasındadır. Kişisel veriler kanunda aksine bir açık düzenleme olmadıkça, ilgili kişinin talep etmesi durumunda da silinmeli veya yok edilmelidir.

Verileri yok etmeme, TCK'nın 138. maddesi kapsamında suç kabul edilirken, verileri şartları olduğu halde silmemek veya anonim hale getirmemek, KVKK'nın 17/2. maddesinin TCK'nın 138. maddesine yaptığı atıf gereği suç kabul edilmekte ve bir eksik ceza normu olarak verileri yok etmeme suçunun cezasıyla cezalandırılmaktadır.

Kişisel veriler, her geçen gün teknolojik ilerlemelerle biraz daha küçülen ve küçüldükçe gelişen dünyada gittikçe korunması daha da güç olan ve korunma ihtiyacı da bununla doğru orantılı artan veriler olarak ortaya çıkmaktadırlar. Söz konusu verilerin kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olması önemlerini daha da artırmakta ve tüm dünyada artan yasal düzenlemelere konu etmektedir. Ülkemizde de başta Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne hâkim ilkeler olmak üzere çağdaş düzenlemelere uygun yasal değişiklikler yapılmaya devam edilmekte, ilgili mevzuat, kişisel verileri bir yandan hukuka aykırı müdahalelere karşı korurken, bir yandan da bu verilerin işlenmesine yönelik yasal gerekliliklerin kapsam ve sınırlarını çizmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akdağ, Hale, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2013.
- Korkmaz, İbrahim, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara 2019.
- Akıncı, Ayşe Nur, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma Raporu-6, T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Haziran 2017.
- Antolisei, Francesco, Manuale di Diritto Penale, PG, Milano 2000.
- Aydın, Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul 2015.
- Aygün Eşitli, Ezgi, “Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti”, TBB Dergisi, Y. 2013, S. 106, s. 277-290.
- Bakirel, Nur Buğçe, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı, Ankara 2021.
- Çekin, Mesut Serdar, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi”, İÜHF, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016, s. 629-644.
- Çelikel, Serdar, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Ankara 2022.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaş-tırılmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017.
- Dülger, Murat Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019.
- Dülger, Murat Volkan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağla-mında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016; s. 101-167.
- Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek, “Ayırt Etme Gücü”, AÜHF Dergisi, C. 60, S. 3, Ankara 2011, s. 485-522.
- Göçmen Uyarer, Sinem, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kap-samında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020.
- Gunn, M. J./Wong, J.G./Clare, I. C. H./Holland, A. J., “Decision-making capacity”, Medical law review, 7, Autumn 1999, s. 269-306.
- Hafizoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2015.
- İçel, Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstan-bul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Y. 2008, s. 35-49.
- Kangal, Zeynel Temel, Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması, İs-tanbul 2019.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023.



- Korkmaz, İbrahim, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, Ankara 2019.
- Köse Aysun, Melike, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, Ankara 2021.
- Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2018.
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale*, Padova 1979.
- Orhan, Uğur, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler”, *AÜHFD*, C. 70, S. 4, Y. 2021, s. 1359-1384.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020.
- Özen, Muharrem/Baştürk, İhsan, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Ankara 2011.
- Özer Deniz, Miray/Özer, Memet Turan, “Biyometrik Verilerin İşlenmesinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *ÇÜHAD* 2022/1, s. 92-110.
- Özyüksel, Özgün, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2020.
- Sert, Şeyma, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, Ankara 2023.
- Sınar, Hasan, “Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK md.136)”, *KVKD*, C. 2, S. 1, s. 33-62.
- Sınar, Hasan, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011, s. 59-86.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2023.
- Taşçı Aydemir, Ece, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, Ankara 2022.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II Madde 86-146*, Ankara 2010.
- Yılmaz, Zahit, *Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2018.
- Yokuş Sevük, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2018.
- Yücedağ, Nafize, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler*, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 47-63.

### ***Elektronik Kaynaklar***

- <https://www.ab.gov.tr>
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>
- <https://gdpr-info.eu>
- <http://hudoc.echr.coe.int>
- <https://inhak.adalet.gov.tr>
- <https://lib.kazanci.com.tr>
- <https://www.kvkk.gov.tr>
- <https://www.sistemapenale.it>



# Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk<sup>(\*)</sup>

## Liability in Administrative Action Performed by Artificial Intelligence

Dr. Öğr. Üyesi Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Modern devletin işlevleri ve sorumlulukları toplumsal gelişmelere paralel biçimde yeniden şekillenmektedir. Söz konusu süreci en derinden etkileyen ve hatta yeniden yapılanmaya doğru iten en büyük güç ise, teknolojik gelişmedir. Gerçekten de teknolojik gelişmeler sayesinde daha kısa sürede daha fazla birim iş üretmek mümkün hale geldiği için insan emeğine olan ihtiyaç azalmıştır. Yine bu gelişmeler yavaş yavaş insan müdahalesini azaltacak biçimde evrimleşmeye devam etmiştir. Özellikle bilgisayar bilimlerinin geniş kapsamlı bir dalı olan ve konuşulan dili anlamlandırma, davranışları öğrenme ve/veya problem çözme gibi biyolojik beyin gücü gerektiren görevleri yerine getiren bilgi teknolojisi şeklinde nitelendirilebilecek olan yapay zekâ alanındaki teknolojik gelişmelerin idareler ve toplum arasındaki ilişkilere etkisi de araştırılmaya değer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan yapay zekâ birçok yeni yapı ve hukuki soruyu gündeme getirmektedir. Bunun için öncelikle yapay zekâ kavramını tanımlamak ve idarenin işlemlerini yapay zekâ vasıtasıyla gerçekleştirmesi halinde sorumluluk noktasında belirlemeler yapmak icap etmektedir. Nitekim yapay zekânın kullanıldığı idari işlemlerde idarenin, robotik mühendisinin, programcının, operatörün ve kullanıcının sorumlulukları belirlenmelidir. Makalede güncel yapay zekâ uygulamalarına ilişkin ve yapay zekâyı kişilik verilmesi halinde oluşabilecek durumlarda idarenin sorumluluğu değerlendirilmiştir. Ayrıca çalışmada yapay zekâ ile donatılan robotlara da değinilmiş ve her ne kadar robot ve yapay zekâ kavramları farklı anlamlar içerse de robot kavramı, yapay zekâ ile yönetilen fiziksel varlığı olan makineleri tanımlamak üzere kullanılmıştır. Zira gelinen noktada robotların insan merkezli toplum çalışmalarının bir parçası olan siber yaşamla sosyal yaşamı birleştirme ideallerinin bir ögesi olmaya başladığı düşünüldüğünde yaşamlarımızda daha çok yer alacağı öngörülmektedir. Bu sebeple hem yalnızca bir program olarak varlık gösteren hem de fiziksel bir biçime sahip yapay zekâlı makinelerin sorumluluk hukuku bağlamında mağdur ya da fail olarak hayatlarımıza dahil olup olamayacağı hususu da çalışmada değerlendirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler:

Yapay Zekâ, İdari İşlem, Sorumluluk.

### Abstract:

The functions and responsibilities of the modern state are being reshaped in parallel with social developments. The greatest force that affects this process most profoundly and even pushes it towards restructuring is technological development. Indeed, as technological developments have made it possible to produce more units of work in a

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 15.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 30.05.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Çankırı - Türkiye,

E-posta: colpanmucahit@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7140-3451>.

shorter time, the need for human labour has decreased. Again, these developments have continued to evolve gradually in a way to reduce human intervention. The impact of technological developments in the field of artificial intelligence, which is a comprehensive branch of computer sciences and can be described as information technology that performs tasks that require biological brain power such as understanding spoken language, learning behaviours and/or problem solving, on the relations between administrations and society is a subject worthy of research. On the other hand, artificial intelligence raises many new structural and legal questions. For this reason, it is necessary to first define the concept of artificial intelligence and to make determinations on the point of responsibility in the event that the administration carries out its operations through artificial intelligence. As a matter of fact, the responsibilities of the administration, the robotic engineer, the programmer, the operator and the user should be determined in the administrative action in which artificial intelligence is used. In this article, the responsibility of the administration is evaluated in relation to current artificial intelligence applications and in cases that may arise if artificial intelligence is given personality. In addition, robots equipped with artificial intelligence are also mentioned in the study, and although the concepts of robot and artificial intelligence have different meanings, the concept of robot is used to define machines with physical existence managed by artificial intelligence. Considering that robots have started to be an element of the ideals of combining cyber life and social life, which is a part of human-centred society studies, it is predicted that they will take more place in our lives. For this reason, the issue of whether artificial intelligence machines, which exist only as a programme and have a physical form, can be included in our lives as victims or perpetrators in the context of the law of liability has also been evaluated in the study.

**Keywords:**

Artificial Intelligence, Administrative Action, Responsibility.

## I. İDARENİN SORUMLULUĞU VE YAPAY ZEKÂ

### A. Giriş

Genel bir bakış açısıyla idari faaliyet, doğrudan idare tarafından üstlenilen veya onun kontrolü altında özel şahıslar tarafından kamu yararını temin etmek ve kamu düzenini korumak amacıyla yürütülen idari işlem, eylem ve sözleşmeler olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> İdare hak ve yetkilerini kullanmak, görevlerini yerine getirmek ve bu suretle kamu düzeni ve kamu yararını temin için normlar (kanunların uygulanmasına ilişkin yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler) ve bireysel veya kolektif sayısız karar alarak, sözleşmeler yoluyla ve eylemleri vasıtasıyla faaliyetlerini gerçekleştirmektedir. Bireyler arasındaki hukuki ilişkiler, iradelerin eşitliği önermesine dayanmaktadır: bu teorik görüşün aşırı etkilerini hafifletmek için tasarlanmış düzeltici önlemler olsa bile (örneğin iş sözleşmeleri için), sözleşmenin eşit nitelik ve güçte iki veya daha fazla iradenin bir araya gelmesi nedeniyle hukuki sonuçlar doğurduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, kamu hukukunda idare ile vatandaşlar arasında temel bir eşitsizlik vardır. Bu durum

1 İdari işlem kavramı, oluşturma yöntemleri ve idari işlemi yaratan hukuki otoriteler bakımından farklılıklar gösterir. Bu sebeple homojen bir kategori teşkil etmez. Elbette idarenin yaptığı tüm işlemler idari mahiyette değildir ve idari işlemler "idarenin işlemleri" olarak adlandırabileceğimiz daha geniş bir başlığa dahildirler. İdari işlemler atfedilebildikleri taraf sayısı yönünden tek taraflı (idari kararlar) ve iki taraflı (idari sözleşmeler) işlemler olarak sınıflandırılırlar. Maddi açıdan, yani içerik ve doğrudukları hukuki sonuç bakımından, idari işlemler genel düzenleyici ve birel işlemler şeklinde ayrılırlar.

kamu gücüyle donatılan idarelerin tek taraflı idari işlemler gerçekleştirebilmesini ve bu idari işlemler açısından icrailik ve re'sen icra yetkisinin varlığından ötürü etkisini hissettirmektedir. Ancak bu etki idari sözleşmeler sisteminde de açıkça görülmektedir. Zira tek taraflı işlemler ile sözleşmelerin çoğunun ortak özelliği, bir sözleşme olsun ya da olmasın idareye tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin tanınmış olmasıdır. Bu özellik, içtihat hukuku ile zirveye ulaşmaktadır.<sup>2</sup>

Mevzuatta idari işlem tanımı mevcut değildir. Buna karşın İdari Usul Kanunu ön taslağında (m.4/b) idari işlem “*İdarî makamların kamu gücü ve usullerini kullanarak, tek yanlı iradeleriyle yapmış oldukları, hukukî sonuç doğuran işlemler(i).*” biçiminde tanımlanmıştır.<sup>3</sup>

İdarenin kamu yararı ilkesi gereğince tek taraflı icrai niteliğe sahip yürütülebilir, bireylerin hukuk dünyasında değişiklik meydana getiren ve nihai kararlarına idari işlem denilmektedir.<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi 25.05.1976 günlü ve E. 1976/1, K. 1976/38 sayılı kararında idari işlemi; “Kamu kurumu ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili olması gereken işlemidir.” şeklinde tanımlamıştır.<sup>5</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi de 20.9.2021 günlü E. 2021/332 K. 2021/455 kararında “kamu idarelerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında tek yanlı irade açıklamalarıyla kamu hukuku esaslarına dayanarak ilgililerin hukuki durumlarını etkileyecek şekilde yaptıkları işlemler” ifadesini kullanmıştır.<sup>6</sup>

İdarenin eylemleri,<sup>7</sup> sözleşmeleri<sup>8</sup> ya da işlemleri ile kişilerin zarar görmesi mümkündür. Çalışma kapsamında yalnızca idari işlemler nedeniyle oluşacak zararlar incelenecek ve yapay zekâ vasıtasıyla bir idari işlem gerçekleştirilmişse sorumluluğun nasıl belirleneceğine ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

## B. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu Kavramı

Sorumluluk, genel olarak kişilerin davranışlarının uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutma, işlenmiş olan

2 Jean-Michel Lemoyne de Forges, Droit Administratif, Universitaires de France - PUF, France 2002: 21, 22.

3 <https://www.bilgiedinmehakki.org/blog/2006/10/12/genel-idari-usul-tasarisi/> (E.T. 24.02.2024).

4 Yasalarda ayrıca ve açıkça belirtilen durumlarda idarelerin yakın gözetim ve denetimi altında olmak koşuluyla, istisnâen özel hukuk tüzel kişilerinin de idari işlemler yapabildikleri kabul edilmektedir.

5 Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 14, Sayfa 187 vd.

6 Kazancı Hukuk Programı ((E.T.24.02.2024).

7 İdarenin eylemleri, idarenin maddi dünyada gerçekleştirdiği iş, ameliye ve davranışlardır.

8 İdare, özel hukuka tâbi biçimde ve özel hukuk kişileriyle eşit konumda olduğu sözleşmeler yapabileceği gibi kamu hukukuna dayanan, kamu yararını amaç edinen sıkı şartlara tâbi; tek taraflı değişiklik yapma, feshetme, cezai şart uygulama gibi idarenin üstünlüğü ve ayrıcalığının bulunduğu idari sözleşmeler de akdedebilir.

bir suçun gerektirdiği cezayı çekme olarak tanımlanmaktadır.<sup>9</sup> Modern hukuk bağlamında hukuki sorumluluk ise, toplum içerisinde yaşayan tüm bireylerin, hukuk düzenine aykırı fiilleri nedeniyle bu davranışlarının sonuçlarına katılmaları, hukuk düzeninin ihlali niteliği taşıyan davranışlarından ötürü hukuki bir yaptırıma maruz bırakılmaları anlamını taşımaktadır.<sup>10</sup>

İdare toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak ve bu yolla kamu yararını gerçekleştirmek için kamu gücü kullanır. Yine idare, idari eylem ve işlemleri yerine getirirken tek taraflı işlem yapabilme ve kişilerin hukuki durumunu ilgilinin rızasına başvurmadan değiştirme yetkisini haizdir. İdarenin bu tek taraflı icra yeteneği nedeniyle idarenin tutum ve davranışları özel kişilerle kıyaslanmayacak kadar sıkı kayıt ve şarta tabi tutulmuştur.<sup>11</sup> Bu kayıt ve şartlar idarenin kendi inisiyatifine bırakılmamış önceden tayin ve mevzuat olarak tespit edilmiştir. İdari eylem ve işlemin içeriği çok geniş olup, genel olarak kamu gücüne dayanan idari faaliyet sahalarını kapsamaktadır. Zira günümüzde<sup>12</sup> çok geniş yetkileri ve kamu gücünü elinde bulunduran idarenin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında tesis ettiği ve uyguladığı işlemler ile eylemlerinden dolayı bir takım şahıs ve mal varlıklarının zarar görmesi mümkündür. İç hukukumuzda, Cumhuriyet Dönemine kadar idarenin yükümlü kabul edilmesine ilişkin bir düzenleme bulunduğu söylenemez. 1925 yılında kabul edilen 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nda idareye karşı açılacak davalar belirlenmiş ve idarenin sorumluluğu kavramı kabul edilmiştir. 1961 Anayasası ile de anayasal bir çerçeve ile idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Meri mevzuat bakımından idarenin hukuki sorumluluğu-

- 9 E. Ethem Atay/Hasan Odabaşı/Hasan Tahsin Gökcan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 29; Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2017: 618.
- 10 Ramazan Çağlayan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayıncılık, Ankara 2007: 6.
- 11 İdare, üstlendiği işlev nedeniyle idari işlem ve eylemleriyle toplum yaşamının bütününde faaliyetlerini yürütmekle yükümlüdür. O nedenle idare, kamu gücünün her günkü görünüşü olarak nitelendirilmektedir (bkz. İbrahim Berberoğlu "Genel Hatlarıyla Devletin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin İlkeler", Danıştay Dergisi, Yıl: 40, Sayı: 124, 2010: 11).
- 12 Devletin ve devletin otoritesini temsil eden yöneticilerin sorumsuzluğu ilkesinden 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin kabulü ile vazgeçilerek idarenin sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Ülkemizde idarenin sorumluluğu ilkesi anayasal bir ilke olarak ilk kez 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." şeklinde ifade edilmiştir (bkz. Şenel Sarsıkoğlu, "İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016: 2390). Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin eylem ve işlemlerinden ötürü oluşan zararların tazmini hukuk devleti ilkesinin bir yansımasıdır. Ancak kamu gücünün bu tazmin sorumluluğunun kaynağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğu ilkesine Fransa'da yargısal içtihatlarla geçiş yapılırken Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde yasama organı etkin olmuştur (Murat Şaşı, Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 2019: 119, 121).

nun<sup>13</sup> dayanağı 1982 Anayasası'nın 125'nci maddesidir. Söz konusu maddede "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür" denilmek suretiyle idarenin sorumluluğu anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. Ancak mevzuatta idarenin sorumluluğunun esasları belirlenmemiş ve bu mesele- nin halli doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır.<sup>14</sup>

### C. İdarenin Sorumluluğu İçin Aranan Şartlar

Özünde, "herkes kendi davranışlarından doğan zararı gidermek zorundadır" anlayışına dayalı olan sorumluluk ilkesi, idarenin kullandığı üstün yetkiler ve kamu gücü gözetildiğinde özel hukuk ilişkilerine göre daha büyük önem taşı- maktadır.<sup>15</sup> Ancak hangi durumlarda idarenin sorumluluğuna gidilebileceği husu- sunun da belirlenmesi gerekmektedir.<sup>16</sup> Bu sebeple yargısal içtihatlar ve doktrin tarafından idarenin sorumluluk alanları belirlenmiştir. Meydana gelen herhan- gi bir zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar doğurucu davranışın idareye yüklenebilmesi zorunludur. Başka bir ifadeyle, zararı doğuran tutum ve davranışın idare adına ya da idare tarafından yapılması<sup>17</sup> ve idari faaliyetin zara-

13 İdarenin sorumluluğu, yürüttüğü faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejime göre değişmektedir. İda- renin özel hukuk faaliyetlerinden dolayı sorumluluğu özel hukuktaki sözleşme ve haksız fiil so- rumluluğudur. İdarenin idare hukukuna tabi faaliyetlerinden dolayı yaptığı eylem ve işlemlerden dolayı meydana gelen zararlardan sorumluluğu idari sorumluluktur. İdarenin yaptığı eylem ve işlemlerden dolayı sorumlu olması çağdaş hukuk devleti kuramının bir gereğidir.

14 Konuya ilişkin olarak bir Danıştay kararında, "idarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum dü- zeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorum- luluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır" denilmiştir (Karar metni ve künyesi ile ilgili açıklamalar hakkında bkz. Turan Yıldırım, (Turan Yıldırım/ Melikşah Yasin/Nur Kaman/ H. Eyüp Özdemir/ Gül Üstün/Hüseyin Melih Çakır/Özge Okay Tekinsoy), İdare Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020: 771, 772).

15 Ali Ülkü Azrak, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorum- luluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu (Ankara, 12- 13 Mayıs 1979), İstanbul Hukuk Fakültesi, Yayın No: 622, 1980: 135.

16 İdare hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında faaliyet göstermektedir. Anayasa'da idare- nin tüm eylem ve işlemlerinden sorumlu olduğu belirtildiği için idarenin sorumluluğu bakımından kamu ya da özel hukuk faaliyetleri bakımından ayırım olmadığı sonucuna varılabilecektir. Ancak idari sorumluluk denildiği zaman idarenin yalnızca kamu hukuku esaslarına ilişkin faaliyetleri an- laşılmaktadır (bkz. Çağlayan: 114.).

17 Ancak, Fransız Danıştay'ının içtihatlarıyla paralel biçimde doktrinde geliştirilen "virtüel kamu hiz- meti" kuramı uyarınca; özel teşebbüsler tarafından halkın günlük, kolektif gereksinimlerini gider- mek üzere amacıyla gerçekleştirdiği bazı faaliyetlerin idare ve kamu emlakı ile olan yoğun ilişkisi gözetilerek uygulamada kamu hizmetine dönüşebileceği kabul edilmektedir. Bireylerin ortak, sü- rekli ve zorunlu ihtiyaçlarını tatmine yönelik işbu hizmetlerin sunumu esnasında, idarenin yoğun ve etkin denetim ile yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bu cihetle söz konusu denetimin yokluğu ya da yetersizliğinden kaynaklanabilecek zararlardan idarenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Fransız Danıştay'ı, kan merkezlerinin hatası da bulunsa, Devletin, düzenleme ve denetle- me görevlerini yerine getirmemesi nedeniyle, zararı tümüyle karşılama gerektiğine hükmetmek- tedir (Gürsel Kaplan, "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 19, Kitap:

rın oluşmasına sebep olması gerekmektedir.<sup>18</sup> Zarar ile zararı doğuran davranış arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmaması halinde nedensellik bağından söz edilemez.<sup>19</sup>

## 1. Zarar

Sorumluluk, kasıt, ihmal, kusur veya tedbirsizlikle ya da yasanın belirlediği bir durum yahut eylemden doğan bir tehlike ile yaratılan; doğumuna sebebiyet verilen bir zararı tazmin borcudur.<sup>20</sup> Bir kişinin başkasına, hukuken korunan bir hakka dayanmaksızın zarar vermesi halinde tazmin yükümlülüğü doğmaktadır.<sup>21</sup> Bugün idarenin sorumluluğu hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılmaktadır. İster hizmet kusuru isterse kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılсын genel olarak idarenin tazmin borcunun doğabilmesi için öncelikle bir zararın mevcudiyeti aranır. Zarar deyimi bir hukuk süjesinin maddi veya manevi varlığında istem dışı olarak ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade eder.<sup>22</sup> Bu itibarla, tazmin borcunun doğabilmesi için, her şeyden önce bir zararın doğmuş olması gerekir.<sup>23</sup> Zarardan kasıt ise mal veya şahıs varlığında irade dışı meydana

1, s. 173-199 (2004). (<https://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm> E.T. 22.02.2024).

- 18 Danıştay 10. Daire E. 1994/4934 K. 1995/5487 T. 13.11.1995 sayılı kararında "Davacının otomobili evinin önünden çalınmış, bakır tel hırsızlığında kullanılırken araç içindeki şahısların silahla ateş etmesi üzerine bu şahıslarla güvenlik güçleri arasında çıkan silahlı çatışma sonucu otomobil hasara uğramıştır. Bir kamu hizmeti olduğu tartışmasız olan kolluk görevinin, olabilecek olaylardan önceden haberdar olunmadığı veya bu gibi olayların olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirtilen bulunmadığı sürece genel nitelikte önlemlerle yürütülmesi doğaldır. Dava konusu olayda, davalı idarenin kusurlu bir eylemi bulunmadığı gibi, üçüncü şahsın, davacının otomobilini çalmak biçimindeki suç teşkil eden eylemi, zarar ile idarenin eylemi arasındaki neden sonuç ilişkisini ortadan kaldırmakta; dolayısıyla zarar, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucunu oluşturmaktadır. Bu itibarla, olayda, idarenin gerek hizmet kusuru ilkesine gerekse kusursuz sorumluluk ilkesine dayalı olarak sorumluluğundan söz edilemeyeceği gibi; olayın önceden haberdar olunmasına olanak bulunmayan münferit bir olay olması nedeniyle, sosyal risk kuralından hareketle idarenin tazmin sorumluluğunu kabule de olanak bulunmamaktadır." biçiminde karar vermiştir (Kazancı İçtihat Programı).
- 19 İdari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının olup olmadığının tespiti, çoğu zaman teknik bir bilgi ve inceleme gerektirmekte ve bilirkişi marifetiyle yapılan incelemeler sonucu bağın varlığı konusunda kanaat edinmek mümkün olabilmektedir. İliyet bağı, mevzuatta "neden olmak", "ileri gelmek", "...den dolayı", "...den kaynaklanan" gibi ifadelerle düzenlenmiştir (Mehmet Ünal, "Nedensellik Bağı", Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Yıl 2001, Sayı 111: 47).
- 20 Tuncay Armağan, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997, s.11.
- 21 E. Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2023 Ankara: 703.
- 22 D12D, E. 1976/2124, K. 1978/3879, KT. 09.01.1978, Danıştay Dergisi 1979, Sayı 34-35: 588.
- 23 Danıştay kararlarında idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, zararlı sonuçla eylem veya işlem arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağının bulunması aranmaktadır. Örneğin Danıştay 10. Dairesi 28.05.1998 tarih, E.1996/9113, K.1998/2308 sayılı kararında "İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edilmek için ortada bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerekir." biçiminde hüküm kurulmuştur (Kazancı Hukuk Prog. E.T. 11.02.2021).



gelen eksilme olup; bu eksilme, idari işlem veya eylemden önceki durum ile sonraki durum arasındaki farktan doğar. Zarar maddi veya manevi olabilir. Maddi zarar, para ile ölçülebilen bir zarar olup, bir kimsenin malvarlığının uğradığı kayıpları kapsadığı gibi, malvarlığının çoğalmasına engel olan “mahrum kalınan kâr”ı da kapsar.<sup>24</sup> Manevi zararlar ise, haysiyete, vücut bütünlüğüne veya yakınlarına yapılan saldırılar yüzünden duyulan, bedeni yahut ruhsal, acı ve üzüntülerdir.<sup>25</sup> Danıştay, manevi zararın patrimonuanda meydana gelen bir eksilmenin tazmini değil; manevi tatmini sağlamayı amaçladığını ifade etmektedir.<sup>26</sup> Ancak idari yargı uygulamasında manevi zararlar maddi zararlara kıyasen düşük meblağlarda kaldığı gibi bu zararlara faiz de yürütülmemektedir.<sup>27</sup>

Özel hukukta kusurdan, sözleşmeden ve kanundan kaynaklanan sorumluluk halleri mevcuttur. İdare hukukunda ise kusur sorumluluğunun yanı sıra kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmiştir. İdarenin sorumluluğu, idareye atfı kabil kesin ve belirgin hale gelmiş olan zarar ile mümkün olabilir.<sup>28</sup> Ayrıca idare hukuku bakımından sadece zarar verme tehlikesinin varlığı sorumluluğa yol açmaz. Öte yandan zarara teşebbüs halleri de idare hukukunda düzenlenmiş değildir. Zira sorumluluk hukukunda asıl amaç cezalandırma değil, zararı giderme, tazmin etmedir. Ne var ki, şartları doğduğunda, uğranılan zararın yanı sıra ileride doğacak

24 Bu husus Yargıtay tarafından verilen bir kararda “818 Sayılı BK madde 96 (T.B.K’nın 112). maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için, bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir. Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır: kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Kâr kaybı, kârdan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kâr kaybı açısından kardan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu hareketten önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kârdan yoksun kalan kusurlu hareket yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır.” biçiminde açıklanmıştır (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2019/5647, K. 2019/10230, T. 18.12.2019, Kazancı İçtihat Programı).

25 Kaplan: <https://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm>, (E.T. 26.01.2022).

26 Örneğin, Danıştay 10. Daire, E. 2019/10605, K. 2023/1602, 29.3.2023 tarihli; Danıştay 8. Daire, E. 2019/9564, K. 2023/418, 7.2.2023 tarihli; Danıştay 4. Daire, E. 2019/7370, K. 2023/345, 30.1.2023 tarihli kararları (Kazancı İçtihat Programı).

27 Oğuz Sancakdar/ Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin, Ankara 2022: 838, 839. “Mahkeme kararları incelendiğinde çoğunlukla, manevi zararları, olay tarihi itibarıyla değil de hüküm tarihi itibarıyla hesapladıkları zaman, tam tazmin ilkesi gereği faize hükmetmedikleri görülmektedir. Bunun nedeni, manevi tazminatın niteliği gereği çekilen fiziksel acı ya da duyulan üzüntünün kısmen de olsa hafifletilmesi amacıyla verilmesi olup, hüküm tarihi itibarıyla hesaplanan manevi zararlara bir de faiz yürütülmesinin zenginleşmeye yol açacağı düşüncesidir. İdarenin hüküm tarihi itibarıyla ödemek zorunda olduğu tazminatı ödemekte gecikmesi durumunda, bu miktara hüküm tarihi ile ödeme tarihi arasında temerrüt faizi yürütülmesi kuşkusuz olup bu ayrı bir konudur.” (Müzeyyen Eroğlu Durkal, “Tam Yargı Davalarının Manevi Tazminat”, TBB Dergisi C. 131, Sa. 1 (2017): 179-210.

28 Halil Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yayınları, Konya 2014: 570.

zararlar da dikkate alınır. Böyle bir zarar hesaplamasında muhtemel bir zarar değil; belli, hesaplanabilir ve gerçek bir zarar ele alınır. Öte yandan Danıştay dar bir yorumla, zararın gerçekleşmiş veya gerçekleşmesinin kesin olmasını, zararın hukuken korunan bir menfaate yönelik olmasını, parayla ölçülebilir nitelikte olmasını, zararın kişisel olmasını, belli ve gerçek olmasını aramaktadır.<sup>29</sup>

## 2. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, fiil ile ortaya çıkan zarar arasındaki rabıta; zararlı sonuçla, sorumluluğu doğuran davranış veya olay arasında bir sebep-sonuç bağı<sup>30</sup> olarak tanımlanabilecektir. Hukuki sorumluluk bakımından akit dışı sorumluluk, akdî sorumluluk, kusur sorumluluğu yahut kusursuz sorumluluk oluşu fark etmeksizin zarar ile fiil arasında illiyet bağının varlığı mutlaka aranır. Ancak kusursuz sorumlulukta, illiyet bağı, kusur sorumluluğuna oranla daha fazla önem taşımaktadır. Zira burada sorumluluk, kusura değil, belirli bir olay veya tehlike ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep-sonuç bağına dayanmaktadır.<sup>31</sup> Bu nedendir ki, kusursuz sorumluluğa “sebeplilik” adı da verilmektedir.<sup>32</sup>

Zarar verici davranış ile zarar arasında kurulan bağın mahiyeti açısından temel olarak iki teori ileri sürülmüştür. Bu teorilerden ilki, bir zararın, söz konusu zararı meydana getiren bütün fiillerle sebep sonuç bağı içerisinde olduğunu ileri süren şart teorisidir. Doktrinde şart teorisinin olayın meydana gelmesini zorunlu bir biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlayan, sorumluluğu artırıcı ve ölçsüz nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple şart teorisi yerine olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre niteliği itibarıyla sonucu meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya olayın gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan “sebeplilik” ile söz konusu sonuç arasındaki bağın varlığının yeterli olduğu görüşü ileri sürülmüştür. İşbu bağa uygun illiyet bağı adı verilmektedir. Uygun illiyet bağı teorisine göre, sonuca etki eden ve onun ger-

29 Cemal Öztürkler, Cemal, Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması, Seçkin Yayınları, Ankara 2003: 378.

30 Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, 1975, Ankara: 1.

31 “İdari yargıda idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin borcunun doğması için ortada bir zararın ve zarara yol açan idareye yüklenebilir bir eylemin bulunması, zararla eylem arasında nedensellik bağının kurulması ve hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin olması gerekmektedir. Tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken öncelikle hizmet kusurunun varlığı araştırılmalı, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmelidir”. İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2015/1172 K. 2017/3252, Karar Tarihi: 26.10.2017, Lexpera Hukuk Programı).

32 Eren: 2.

çekleşmesine neden olan şart, sonucu genel olarak meydana getirmeye elverişli ise sebep ile sonuç arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilebilir.<sup>33</sup>

Yine maddi vakianın tam, doğru ve ayrıntılı bir şekilde ortaya konması, ilk olarak idarenin mevcut bir olayda tazminat ödemekle yükümlü olup olmadığına; bir başka ifadeyle bu olayda idari sorumluluğun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından önemlidir.<sup>34</sup> Zira mevcut olaydan doğan zarar, idareye yüklenebilir nitelikte değilse veya zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı yoksa bu durumda idare mevcut zararı ödemekle yükümlü kılınamayacaktır. Bir başka deyişle idarenin tazmin yükümlülüğünün oluşabilmesi için, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Nitekim mücbir sebep veya beklenmeyen hale ilişkin durumlar ile zarar görenin veya üçüncü kişinin fiili, idare ile zarar arasındaki illiyet bağı kesebilir.

Uygulamada hizmet kusuru sebebiyle idare aleyhine tazminata hükümlenabilmesi için, idarenin ifaya mecbur olduğu hizmetin idarece yapılmaması, geç yapılması veya kusurlu ifası aranmaktadır. Hizmetin kurulması ve işletilmesinden doğan kusur idarenin sorumluluğunu gerektirir. Devlet, kamu hizmetlerini alanları itibariyle şartlara en uygun ve ihtiyaçlarını karşılamada en üst seviyede gerçekleştirmek için sürekli ve istikrarlı bir şekilde idare edilenlere sunmak, ihtiyaç ya da talep halinde bu hizmetlere erişmelerini ve kamu hizmetlerini en etkin en verimli ve hukuka uygun bir şekilde sağlamakla yükümlüdür. Bu borcun yerine getirilmemesi de hizmet kusurunu oluşturur.<sup>35</sup>

### 3. Hukuka Aykırılık

Bundan başka idarenin kusurluluğu için gerçekleşen eylem yahut işleminin hukuka aykırı olması da gerekmektedir. Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ve emirleri çiğneyen insan fiilleri hakkında yürütülen bir değer yargısıdır. Diğer bir ifadeyle hukuka aykırılık, geniş anlamda ele alındığı takdirde, uyulması zorunlu bir hukuk normunun ihlalini ifade eder. İhlal edilmesi hukuka aykırılık meydana getiren kural, yazılı bir hukuk kuralı olabileceği gibi, yazılı olmayan bir hukuk kuralı da olabilir.<sup>36</sup> Hukuk

33 Yıldız: 139-141.

34 Konu 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu bağlamında incelendiğinde, Kanunun "Sorumluluk" başlıklı 49. maddesinde, "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür" denilmek suretiyle fiille zarar arasında illiyet bağının arandığı görülmektedir.

35 Atay: 730.

36 Elbette hukuka aykırı her işlem idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Nitekim Danıştay, bazı kararlarında, "içtihadı mütehammil" veya "takdire dayalı" hukuka aykırılıkları kusur olarak görmekte, aynı zamanda hukuka aykırılığın "ağır ve önemli olmasını" aramaktadır. Hukuka aykırı işlemlerden dolayı idarenin sorumluluğu yoluna gidilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, bireylerin idare karşısında korunması amacına yöneliktir (bkz. Melikşah Yasin, "Sigortacının Ka-

düzeninin yapısı, birbirine bağlı bir normlar yığındır. Bu sebeple hukuka aykırı fiilin, hukuk düzeninin bir veya birkaç normuna uymayan bir davranış olduğunu ifade etmek ve hukuka aykırılığı “norma aykırılık” şeklinde görmek mümkündür. Dolayısıyla, bir kimsenin hukuk düzenince öngörülmüş normu çiğnemesiyle birlikte hukuka aykırılık unsuru gerçekleşir. Ne var ki özel hukuk alanındaki sorumluluk ilkesini idareye uygulayarak idarenin sorumluluğunu yalnızca istihdam ettiği kamu görevlilerinin kusuru ile sınırlamak hatalıdır. Zira tüzel kişiliği olan idari kuruluşlar adına faaliyetler gerçek kişiler, başka bir deyişle, kamu görevlileri tarafından yürütülür. Kural olarak işbu faaliyetlerini icrası esnasında idare personelinin kusurlu tutum ve davranışlarından kaynaklanan zarardan hizmet kusuru ilkesi uyarınca idare sorumludur. Gerçekten de idare yapı itibarıyla tüzel kişilik olduğu için idarenin kusurlu davranışı kamu görevlilerince gerçekleştirilir. Ancak çoğu zaman buna sebep olan personelin belirlenmesi mümkün olmadığı gibi belirlenmiş olsa da bu kusurları “kişiselleştirmek” kimi zaman hakkaniyete uygun olmaz. Bu nedenle hizmet kusuru, hizmetin bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde gözlemlenen ve hizmeti yerine getiren personele atfedilemeyen, idare hukuku esaslarına göre düzenlenmiş objektif kusur tipidir.<sup>37</sup>

#### 4. Kusur

İdari faaliyetlerin denetimi hukukun üstünlüğü ile ilgili usulsüzlüklerin tespit edilmesinden ibarettir. Amaç bunları düzeltmek veya başkaları için olumsuz sonuçlarını göz önünde bulundurmamak suretiyle yasal düzeni yeniden tesis etmektir. Bu kontrol ya idarenin kendisi, yasama organı ya da idare dışındaki kurumlar tarafından gerçekleştirilebilir.<sup>38</sup>

##### 4.1. Kusur Sorumluluğu

Genel olarak kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeni ve ahlâk tarafından kınanan bir davranış ya da davranış noksanlığı olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeninin bir davranış tarzını kınaması, o davranışın belirli şartların varlığı hâlinde failden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olmamasıdır. Eğer bir kimse hukuka uygun davranma imkânı varken, kendisinden beklenen hareket tarzına uygun davranmayarak hukuk kuralını ihlâl etmişse kusurlu addedilir. Bu sebeple kusurlu davranış daima hukuka aykırı bir davranıştır.<sup>39</sup> İdare hukukunda

nuni Halefiyeti Müessesinin İdarenin Sorumluluğu Alanında Uygulanması”. Journal of Istanbul University Law Faculty, c. 71, Sayı: 1, 2013: 1234, 1235.

37 Kaplan: <https://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm>.

38 Antoine Delblond, Droit Administratif, Larcier, Brüksel 2009: 360.

39 Habip Oğuz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 28, 2016: 276, 277.

kusur sorumluluğu “hizmet kusuru” olarak da adlandırılabilir.<sup>40</sup> Hizmet kusuru, idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanmaktadır.<sup>41</sup> Başka bir deyişle idarenin yürüttüğü hizmetin gereği gibi işlememesi; geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde idarenin kusurundan söz edilebilir. Sorumluluğun kusura dayandığı durumlarda, sorumluluk basit veya ağır kusur olarak sınıflandırılabilir. Prensip olarak, basit kusur idarenin sorumluluğu açısından yeterli olsa da hala ağır kusurun arandığı durumlardan söz edilmektedir.<sup>42</sup>

#### 4.2. Kusursuz Sorumluluk

Genel anlamda kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk), bir hukuk süjesinin kendisine atfedilebilir bir kusurunun bulunmadığı durumlarda yasal ve/veya içtihadi gerekçelerle zararı gidermekle yükümlü kılınmasıdır. Türk hukukunda kusursuz sorumluluk ilkeleri bakımından farklı yaklaşımlar mevcuttur. Öğretide hasar teorisi, hukuki eşitlik teorisi, sebepsiz iktisap teorisi gibi muhtelif teoriler ve esaslar geliştirilmiştir.<sup>43</sup> Her ne kadar gerekçeli kararlarda “adalet”,

40 Hizmet kusuru nesnel nitelikte, idare hukukuna özgü bağımsız bir kusur türüdür. Ayrıca her olayda niteliği ve etkisi somut olaya göre incelenmelidir. Bu sebeple göreceli bir kavramdır. Yine kişilik dışı, olması sebebiyle bir kamu görevlisine atfı zorunlu değildir ya da atfedilemeyebilir. İdare açısından asli bir sorumluluğa yol açan hizmet kusuru yargısal içtihatlarla güncel biçimde uygulanan esnek ve değişken bir kusur olarak nitelendirilir (Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Ankara 2023: 159-161).

41 Danıştay’ın 2008 tarihli bir kararında ise hizmet kusuru klasik doktrinle paralel şekilde ifade edilmiştir: “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Hizmet kusuru belirli bir ajan veya memurun şahsına atıf ve izafe edilebilen bir kusur olmayıp, kamu hizmetini görmekle yükümlü olan idareye ait bir kusurdur. Bu nedenle hizmet kusuru ilkesi gereğince idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, hizmeti kusuru yürüten ajan veya memurun yargı yerince belirlenmesi zorunlu değildir”. Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/2965, K. 2008/4831, Karar Tarihi: 25.06.2008, <https://legalbank>.

42 İdare hukukunun gelişmeye başladığı ilk yıllarda Fransa’da kusur noktasında derecelendirilmeye gidildiği anlaşılmaktadır. Buna göre idarenin faaliyetleri hafif kusur, ağır kusur ve bazı hallerde açıkça hukuka aykırı veya vahim kusur biçiminde nitelendirilmiştir. Danıştay da bu bakış açısından etkilenmiş ve özellikle sağlık hizmetleri ile kolluk hizmetleri bakımından ağır kusur kavramı uygulanmıştır (daha fazla bilgi için bkz. Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XV, Yıl 15, Sayı 4, 1949: 862 vd.).

43 Ramazan Çağlayan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Yayınları, 2009: 452, 453. Çalışmada devamla bu konudaki yaklaşımlar şu şekilde özetlenmiştir: “Kimi yazarlar, aralarında farklılıklar olmakla beraber, İdarenin kusursuz sorumluluğunu, “hasar (risk) teorisi” ve “eşitlik ilkesine” dayandırmaktadır. İkinci grup yazarlar, idarenin kusursuz sorumluluğunu açıklarken “eşitlik ilkesi” üzerinde durmakta ve buna bağlı olarak “imkân ve fırsat eşitliği” ilkesi veya “hukukî eşitlik ilkesi” ile açıklamaya çalışmaktadırlar. Üçüncü grup yazarlar ise “risk teorisi” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ilkelerine dayanmaktadırlar. Bütün bunların yanında, İdarenin kusursuz sorumluluğunun genel ve objektif esasının “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” olduğunu ileri sürerler de bulunmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, risk (hasar) teorisinin kökeninde de kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi bulunmaktadır.”.

“hakkaniyet ve nesafet”, “risk”, “kamu külfetleri karşısında eşitlik” gibi ilkeler gereğince kusursuz sorumluluğa yer verilmekte ise de kimi zaman da bu ilkelere değinilmeyerek doğrudan kusursuz/objektif sorumluluk ilkesinden söz edilmektedir.<sup>44</sup>

İdarenin kusursuz sorumluluğu açısından idarenin faaliyeti ve oluşan zarar arasında bir rabitanın varlığı gerekli ve yeterlidir. Söz konusu faaliyetin hukuka aykırı olması yahut idarenin bahse konu faaliyetin icrası esnasında kusurlu davranması aranmamaktadır. Kusursuz sorumluluk bağlamında doktrinde Fransız Hukukuna müsemma biçimde risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi biçiminde ikili bir ayırım yapılmaktadır.

## II. İDARİ İŞLEMLERDEN YAPAY ZEKÂNIN SORUMLULUĞU

Bilinen insanlık tarihi boyunca tartışılâgelen konulardan biri de insanların yapması gereken işleri makinelerin yapması ve bu suretle insanların yerine makinelerin çalışmasının mümkün olup olmadığıdır. Nitekim Aristoteles Politika adlı eserinde kölelik kavramını anlatırken her ne kadar imkânsız olsa da kölelerin yerini alacak bir otomasyon idealinden söz etmiştir. Aristo'nun mümkün olmadığını düşündüğü otomasyon fikrine ünlü bir diğer düşünür Thomas Hobbes sahip çıkmıştır. Leviathan adlı eserinde doğanın taklit edilmesiyle yapay bir canlı yaratılmasından söz eden düşünür, yapay kelimesini doğal karşıtı olarak kullanmıştır. Hobbes'a göre makinelerin yapay hayatları mevcuttur ki bu husus özellikle yapay zekâyâ kişilik verilmesi tartışmalarında önemli bir argümandır. Bir başka ünlü düşünür rene Descartes de bir robotun çevresinde cereyan edenleri algılamasının ve yanıt vermesinin mümkün olup olamayacağını sorgulamıştır.<sup>45</sup> İşte çok eski çağlardan beri insan emeğini azaltacak ve hatta onun yerine çalışacak verimli ve itaatkâr makinelerin varlığı düşüncesi insanı cezbetmiştir.

### A. Yapay Zekânın Tanımı

Doktrinde yapay zekânın açık ara en büyük tehlikesinin, insanların onu anladıkları sonucuna çok erken varması olduğu belirtilmiş ve bu nedenle, öncelikle yapay zekânın ne olduğunu ya da ne olabileceğini doğru bir şekilde tanımlamanın önemine değinilmiştir.<sup>46</sup> Ancak elbette yapay zekâyı tanımlayabilmek kolay değildir. Türk Dil Kurumu (TDK) yapay kavramını, “doğadaki örneklerine benze-

44 Çağlayan: 454. Yıldız: 137.

45 Büşra Kaynak Balta, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021: 67, 68.

46 Stephan De Spiegeleire/, Matthijs Michiel Maas/ Tim Sweijs, “Artificial Intelligence and the Future of Defense: Strategic Implications for Small- and Medium-Sized Force Providers”, Hague Centre for Strategic Studies (2017): 28.

tilerek insan eliyle yapılmış veya üretilmiş, doğal olanın karşıtı biçiminde tanımlanmıştır. TDK'ye göre zekâ kavramı ise “insanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı”nı ifade eder. Yapay zekâ kavramının ise üzerinde anlaşmaya varılmış tek ve evrensel bir tanımı mevcut değildir. Buna karşın yapay zekâyâ ilişkin yapılan tanımlara bakıldığında, “insan eliyle üretilen bir makinenin/robotun etrafında karşılaştığı olgular karşısında insan gibi düşünme, algılama ve bunlardan sonuç çıkartarak davranışta bulunması”<sup>47</sup> şeklinde ifade olunduğu görülmektedir. Yine yapay zekâ, “tanıma, doğal dili anlama, deneyimlerden uyarlanabilir öğrenme, strateji oluşturma veya başkaları hakkında akıl yürütme gibi insan zihinsel becerilerini kopyalama yeteneği ile ölçülen insan dışı zekâ” olarak tanımlanmaktadır.<sup>48</sup> Bir diğer tanım ise “bilgi teknolojilerinin ve sistemlerin yapabildiği (zekice olsun veya olmasın) her bilişsel etkinliği (gerekirse bedenleri olan yani robotik) yapay sistemlerle, insan kapasitesinin üstünde ve daha yüksek başarı düzeyinde gerçekleştirmeyi amaçlayan bilim dalı”<sup>49</sup> şeklindedir. Görüleceği üzere yapay zekâ, insan özelliklerini taklit edebilen bir dizi alt alanı ve teknolojiyi kapsayan bir şemsiye terimdir. Yapay zekânın pratik bir tanımı, insan haklarını, hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi desteklemeyi amaçlayan 47 üye ülkeden oluşan uluslararası bir kuruluş olan Avrupa Konseyi tarafından “amacı insanların bilişsel yeteneklerini bir makine tarafından yeniden üretmek olan bir dizi bilimsel yöntem, teori ve teknik” olarak ifade edilmiştir.<sup>50</sup>

Yapay zekâ, “veri + algoritma” anlamına gelir. Neredeyse tüm yapay zekâ sistemleri makine öğrenimi ve derin öğrenme yardımı ile güçlendirilmiştir. Makine öğrenimi, sistemlerin açıkça programlanmadan deneyimlerden öğrenmesini ve gelişmesini sağlayan bir yapay zekâ uygulamasıdır. Makine öğrenimi, verilere erişerek bunları kendi kendine öğrenmek için kullanabilen bilgisayar programları geliştirmeye odaklanır. Derin öğrenme, makine öğreniminin bir alt kümesidir ve diğer yandan insan beyninin yapısından esinlenen bir makine öğrenimi türüdür. Derin öğrenme algoritmaları, belirli bir mantıksal yapıya sahip verileri sürekli olarak analiz ederek, insanların yaptığı gibi benzer sonuçlar çıkarmaya çalışır.<sup>51</sup>

47 Erman Benli/Gayenur Şenel. “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku”. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, Sayı: 2 (Aralık 2020): 299.

48 De Spiegeleire/Maas/ Sweijs: 28.

49 Cem Say, 50 Soruda Yapay Zekâ, 7 Renk Basım Yayın ve Filmcilik Ltd. Şti, İstanbul 2018: 83.

50 Jasper Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, Asian Journal of Law and Economics, vol. 11, no. 2, August 2020: 2.

51 Nishtha Anil Trivedi, “Can a Robot Act as a Witness?”, Indian Journal of Law and Legal Research, 5, 2023: 2.

Esasen teknoloji etik değerler taşımak ya da tarafsız ve adil olmak zorunda değildir. Yine kullanıcılar ve yapay zekânın faaliyetlerinden etkilenenler arasında çıkar ve güç çatışmalarına yol açabilir.<sup>52</sup> Başta savaşlar olmak üzere örneklerine bakıldığında yapay zekâ kullanımının tarafsız olmadığı rahatlıkla söylenebilecektir. Bu durum günlük hayatta da görülebilir.<sup>53</sup> Ne var ki fayda zarar dengesi gözetildiğinde mevcut durumda ibre yapay zekânın kullanılması ve geliştirilmesinden tarafa dönmüştür. Yapay zekâ yazılımının tarihi ise 1950'li yıllara dayandırılmaktadır. Ancak kamusal kullanımı doksanlı yıllarda artış göstererek hayatın her alanına nüfuz etmiştir. Hatta mevcut durumda yapay zekânın kullanımı öylesine artmıştır ki kişisel verilerin gizliliği, özel hayata ilişkin bilgilerin korunması, haberleşme özgürlüğü, eşit muamele veya adalete erişim gibi insan haklarının gelişmesi, korunması ya da ihlali noktasında kilit rol üstlenmektedir. Dolayısıyla, yapay zekâ kullanımı çok olumlu ve güçlendirici bir etkiye sahip olabilirken, insan haklarını riske de atabilir. Doktrinde yapay zekâ kullanımının insan onuru üzerinde bir etkisi olabileceği, yapay zekâ kullanımının bilinçaltı manipülasyon teknikleri yoluyla insanların özgür iradesini zayıflatabileceği ve böylece özerkliğini azaltabileceği veya ortadan kaldıracabileceği; nihayetinde insanları verimlilik ve kâr gibi belirli amaçlar için kullanılacak araçlara dönüştürebileceği iddia edilmektedir. Konuya ilişkin bir belgesel çalışmasında yapay zekânın insani zayıflıklardan yararlanan dijital teknikleri ve sosyal medyanın bağımlılık yaratıcı etkisi ile kullanıcıları mümkün olduğunca uzun süre ekrana bağlı tutmak için kullandığı yöntemler buna örnek olarak gösterilmiştir.<sup>54</sup>

52 ABD hükümeti her yıl, ulusların güvenliğine yönelik en büyük tehditlerin analizini sunan bir Dünya Çapında Tehdit Değerlendirmesi yayınlamaktadır. İlk kez 2011 yılında son sıra bir tehdit olarak Rapora giren siber güvenlik 2013 yılından bu yana en büyük tehdit olarak Raporun ilk sırasında yer almaktadır. Burada sözü geçen tehdit hem kullanıcı tarafından yapay zekâ vasıtasıyla gerçekleştirilebilecek faaliyetlere hem de yapay zekânın herhangi bir müdahale olmaksızın verebileceği zararlarla ilişkindir. Örneğin ABD ile İran arasında, ABD'nin İran'daki bir uranyum zenginleştirme tesisine bir bilgisayar solucanı (kendi kendini kopyalayan bir tür virüs) yerleştirdiği tam kapsamlı bir siber savaş yaşanmıştır. Virüs tesise girdikten sonra kayıt kameralarının görüntülerini değiştirmiştir. Yine ana alarm sistemini devre dışı bırakarak tesisdeki faaliyetler hakkında bilgi toplamış ve santrifüj dönüş sayısını 15 dakika boyunca normal sınırın çok üzerine çıkarmıştır. Ardından 15 dakika daha bu sayıyı aniden dakikada sadece 2 dönüşe düşürmüştür. Tüm bu süre boyunca tesisin izleme ve kontrol sistemleri, bilgisayar sistemine yapılan saldırının hedefi oldukları için normal çalıştığı rapor edilmiştir. Bu saldırı şüphesiz kasıtlı, dikkatlice planlanmış ve koordine edilmiş bir saldırdır. Ancak yapay zekânın bir başka tehdidi de özerkliğinden kaynaklanmaktadır. Teknoloji ilerledikçe, insan aktör giderek daha fazla gereksiz hale gelmekte ve bazı durumlarda sistemin düzgün işlemesi için bir zafiyet bile teşkil edebilmektedir. Tüm bu koşullar, hukuki konularda bir sorumluluk boşluğu riski olduğu anlamına gelmektedir (Georgian-Marcel Husti, "May Artificial Intelligence Have Criminal Capacity?," Pro Lege Review (Revista Pro Lege) 2022, no. 2 (2022): 37, 38).

53 Will Douglas Heaven, "Predictive policing algorithms are racist. They need to be dismantled", MIT Technology Review (17.07.2020) <https://www.technologyreview.com/2020/07/17/1005396/>.

54 Tina van der Linden, "Regulating Artificial Intelligence: Please Apply Existing Regulation.", Amsterdam Law Forum, vol. 13, no. 3, Autumn 2021: 4.



Yapay zekâ sistemlerinin hayatın her alanında daha fazla kullanılmasıyla birlikte, insanlar ve yapay zekâ arasındaki ilişkiyi düzenleyecek yasal bir çerçeve geliştirmek gerektiği düşüncesi baş göstermiştir. Bir yandan yapay zekâlı işletim sistemlerine verilen; bir yandan yapay zekâ tarafından verilen zararlara ilişkin sorumlulukların düzenlenmesi gerekmektedir. Yine yapay zekânın dış bir müdahale olmaksızın; başka deyişle yapay zekâ üreticilerinin, yazılımcılarının ve mühendislerinin yahut kullanıcısının kontrolü dışında; bir işlem ya da eylem gerçekleştirilmesi halinde sorumluluğun kime ait olacağı da müphemdir. Sözgelimi makine öğrenimi yoluyla gelişim gösteren bir yapay zekânın sebebiyet verdiği zarara ilişkin sorumluluk nasıl belirlenecektir? Yahut yapay zekâ tarafından üretilen eserlerin sahipliği kimdedir? Yine yapay zekânın cezai sorumluluğu olmalı mıdır gibi konular doktrinde yoğun biçimde tartışılmaktadır.<sup>55</sup>

Yapay zekâ teknolojisi ile karmaşık görünümlü faaliyetler yürütülmeye başlanmış ve araştırmacılar, satranç, dil çevirisi ve araç sürüşü de dâhil olmak üzere çeşitli aşamalardan ve etki-tepki süreçlerinden oluşan görevleri otomatikleştirmek için yapay zekâ teknolojisini başarıyla kullanmışlardır. Bu yapay zekâ görevlerini diğer otomasyon görevlerinden ayıran ortak nokta, söz konusu görevlerin insan zekâsıyla ilişkili farklı üst düzey bilişsel mekanizmalar tarafından yerine getirilmesidir. Örneğin insanlar satranç oynarken akıl yürütme, strateji oluşturma, planlama ve karar verme gibi çeşitli bilişsel becerileri kullanırlar. Yine bir dilden diğerine çeviri yaparken sembollerin, duyuların, dilin ve anlamın işlenmesinden sorumlu üst düzey beyin merkezleri harekete geçer. Son olarak, otomobil kullanırken, görme, mekânsal tanıma, durumsal farkındalık, hareket ve yargılama ile ilişkili olanlar da dahil olmak üzere çeşitli beyin sistemleri devreye girer.<sup>56</sup> Şu halde yapay zekânın söz konusu karmaşık işlevleri müdahale olmaksızın yerine getirebiliyor oluşu bahse konu insan yetilerinin taklit edebildiği anlamına gelmektedir. Bu örnekler yapay zekânın evrimi noktasında ilk basamaklardan sayılmakta ve yapay zekânın kendi farkındalığı olan bir yapıya dönüşmesi konusunda teorik tartışmalar sürdürülmektedir.<sup>57</sup> Bu aşamada yapay zekâ ve idare arasındaki ilişkiye değinmek gerekmektedir.

55 Örneğin Hallevy, yapay zekâyı gelişmişlik düzeyine göre ayrıma tâbi tutmaktadır. Yazar, güçlü yapay zekâ ihmale yoluyla işlenebilecek suçlar ile kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü suçlar bakımından faile ilişkin gereklilikleri karşılayarak nasıl cezai sorumluluğa maruz kalabileceğini ayrıntılı olarak açıklamaktadır. Farklı yetkinliklere sahip yapay zekânın actus reus'u açısından yükümlendirilebileceğini ancak yalnızca daha gelişmiş yapay zekâ açısından öznel mens rea'yı oluşturan farkındalık ve irade unsurları için gerekli işleme kapasitesinden söz edilebileceğini belirtmektedir (Gabriel Hallevy, *When Robots Kill. Artificial Intelligence Under Criminal Law*, Northeastern University Press, Boston 2013: 40, 49).

56 Arundhati Singh, "An Overview of Artificial Intelligence and Law." *International Journal of Law Management & Humanities*, 4, 2021: 1433.

57 Yapay zekânın geldiği noktada sağlık alanında Alzheimer hastalığına erken teşhis koyabilen ve

## B. Yapay Zekâ ve İdare

### 1. Yapay Zekâya İlişkin Düzenlemeler

Değindiği üzere idare, kamu yararını gerçekleştirmek ve görevleri yerine getirmek üzere, muhatabının rızası aranmaksızın sahip olduğu kamu gücünü kullanarak işlem tesis edebilmektedir. Bu işlemler ilgilinin hukuk dünyasında değişiklik meydana getirmekte ve yine hukuka uygunluk karinesinden istifade etmektedir. Söz konusu yapay zekâ sistemleri bugün idarenin görevlerini yerine getirmesi için de yoğun biçimde kullanılmaktadır. Ancak mevcut durumda yapay zekâ karar verici merci olmaktan ziyade işlemlerin otomasyonu, analizi, arşivlenmesi gibi hususlarda kullanılmaktadır. Yapay zekânın düşünüş biçimi üzerine yapılan çalışmalarda dört geniş yaklaşımdan söz edilmiştir. Bunlar insanca davranmak, insanca düşünmek, rasyonel düşünmek ve rasyonel davranmak<sup>58</sup> biçiminde sıralanabilir. Başka bir anlatımla yapay zekâ şu şekilde sınıflandırılabilir: İnsan davranışlarını kopyalayan ve öğrenebilen yapay zekâ, öğrendiklerinden sonuçlar çıkarabilen ve günümüzde hayatlarımıza girmeye başlayan kompleks sorunlar karşısında çözüm üretebilen yapay zekâ, kodlananın ötesine geçerek yeni ve makul çözümler bulan, kural koyan, tedbir alabilen yapay zekâ ve kendisinin ve bir yapay zekâ oluşunun farkında olan ve yeni yapay zekâ sistemleri kurgulayabilen tümüyle insan müdahalesinden uzak bir yapay zekâ. Mevcut durumda yapay zekâ için hukuki kurallar konulması ve yapay zekânın amaçları, yönetimi, olası sorunlar, yapay zekânın hak ve borçlara ehil olup olamayacağı, yapay zekâyı verilen zararlar ve yapay zekâ tarafından verilen zararlar ile yapay zekânın cezai ehliyeti gibi konular hakkında yasal tedbirler alınması gerekeceğine ilişkin pek çok tartışma yürütülmektedir. Bu noktada pek çok yazar öncelikle bir bilim kurgu romanı olan “Ben Robot” isimli kitapta yer alan ve yazar İsaac Asimov’un adıyla

ilerleme sürecini yavaşlatan yapay zekâ sistemleri, kalp kapakçığı ameliyatı yapabilen Da Vinci adlı robot, kanser olan hastaya kitalararası müdahale ile ameliyat yapabilen Zeus adlı robot, otomotiv alanında arabaların fren yapıldığı sırada kaygan zeminden ya da aşırı hızdan kaynaklanan tekerlerin devir sayısındaki değişimi kontrol altına alan ABS fren sistemleri; enerji alanında veri merkezi enerji tüketimini azaltan “Google Deepmind”; hukuk alanında sanal avukat “Ross”, kurumlardan veri toplayıp işleyip analiz ederek hukuki raporlar oluşturan “Lex Machina”, sözleşme düzenleyen “Kira”, askeri alanlarda ise ‘TİHA’ gibi insansız hava araçlarından (İHA) yararlanılması, her geçen gün daha hızlı veri işleyerek daha kaliteli çeviriler yapan Google Translate ve 2018 yılının en akıllı yapay zekâsı seçilen Google Asistan örnek olarak gösterilebilir (Mesut Çaşın/ Dursun Al/ Nur Dinemis Başkır, “Yapay Zekâ ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi 79, sy. 1 (Haziran 2021): 4, 5.

58 Bunlar insanca davranmak (Turing Testi), insanca düşünmek (bilişsel davranışı modellemek), rasyonel düşünmek (mantıkçı gelenek üzerine inşa etmek) ve rasyonel davranmak (Russell ve Norvig tarafından tercih edilen bir rasyonel-ajan yaklaşımı, çünkü insan beyninin düşünüş aşamaları belirli bir anlayışına veya rasyonel düşünceyi neyin oluşturduğuna dair kapsamlı bir modele bağlı değildir) bkz. Stuart Russell, / Peter Norvig, “Artificial Intelligence. A Modern Approach”, Prentice Hall 2010: 1-5.

anılarak Asimov yasaları biçiminde adlandırılan kuralları robotların ve dolayısıyla yapay zekânın ilk kuralları olarak ele almaktadır. Söz konusu kurallar:

“1. Bir robot bir insanı yaralayamaz veya eylemsizlik yoluyla bir insanın zarar görmesine izin veremez.

2. Bir robot, kendisine insanlar tarafından verilen emirlere, bu emirlerin Birinci Yasa ile çeliştiği durumlar haricinde uymak zorundadır.

3. Bir robot, bu koruma Birinci veya İkinci Yasalarla çelişmediği sürece kendi varlığını korumalıdır.”<sup>59</sup> biçiminde ifade edilmiştir.<sup>60</sup> Asimov’un kural setinin önemi Avrupa Birliği çatısı altında hazırlanan Yapay Zekâ Yasası’nın hazırlıkları esnasında da söz konusu edilmesinden anlaşılabilir. <sup>61</sup> Avrupa Birliği söz konusu yasa ile sivil amaçlar için robotik ve yapay zekânın geliştirilmesini yöneten genel ve etik ilkeleri belirlemeyi hedeflemiştir. Yasa, gelecekte toplumun çehresini değiştirecek yeniliklere hazır olmak ve yapay zekâ ile ilgili her türlü yanlış anlama veya yanlışlığı ortadan kaldırmak için başlangıç olarak en temel teorik

59 Asimov, üç robot yasasına Sıfıncı Yasa olarak adlandırdığı yeni bir yasa daha eklemiştir: 0 Bir robot, insanlığa zarar veremez ya da insanlığın zarar görmesine göz yumamaz.

60 Max Tegmark, Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence, Alfred A. Knopf, United States 2017: 347, 348.

61 Söz konusu çalışmada hazırlanacak yasa konusundaki önerge incelenmiş ve “Karar önergesinin L paragrafında “robotlar kendi kendilerinin farkına varana ya da varana kadar, Asimov’un Yasaları robotların tasarımcılarına, üreticilerine ve operatörlerine yönelik olarak kabul edilmelidir, çünkü bu yasalar makine koduna dönüştürülemez” denmektedir. İfade biraz belirsizdir, çünkü robotlar bilinç geliştirene kadar insanların Asimov’un Robotik Yasalarını uygulaması gerektiğini ima ediyor gibi görünmektedir. Birbirine çok gevşek bir şekilde ilişkili iki kavramı birbirine bağlayan bu hükümle ilgili olarak yapılması gereken iki önemli yorum bulunmaktadır. 1/ Her şeyden önce, karar önergesinin robot tasarımcıları, üreticileri ve kullanıcıları arasında yürürlüğe koymayı umduğu Robotik Yasalarının yasal geçerliliğini bir an için göz önünde bulundurmalıyız. Yazır hiçbir şekilde zekice bir edebi kurgudan başka bir şey oluşturmayı amaçlamamıştır. Bu nedenle, paragraf L’de belirtildiği üzere, makine koduna dönüştürülüp dönüştürülemeyeceklerine bakılmaksızın, bu Kanunlar gerçek hukuki ilkeler olarak kabul edilemez. Bu Kanunlar sadece robotların kendilerini yönetmekte ve bir tür makine etiği oluşturmaktadır. Bu nedenle, gerekçenin L paragrafında yer alan Asimov Yasalarının “robotların tasarımcılarına, üreticilerine ve operatörlerine yönelik olarak kabul edilmesi gerektiği” ifadesi, hiçbir zaman insanlık için tasarlanmamış olan bu Yasaların yanlış yorumlanmasına dayanmaktadır. Kurgusal Robotik Yasaları insanlığı korumak için uygun olmasa da robotik ve yapay zekâ ile ilgili sorunlara uygun genel bir etik çerçeve çizmek mümkün olabilir (bkz. 4.1). 2/ İkinci olarak, robotların öz farkındalığı konusunu tartışmamız esastır. Bu bilinç ister az ya da çok kendiliğinden ister bilimsel araştırmalar sonucunda ortaya çıksın, çözüm önergesinin L paragrafı bu ihtimalden rahatsız görünmüyor. Yine de böyle bir gelişme insanlığı sarsabilir. Bir insanın bilincini kanıtlamak zaten zorken, bir makinede bunun varlığını nasıl tespit edebiliriz? Dahası, bir makinenin bilinçli bir varlık olabileceğini kabul etmek, insanlığı bir robotun temel haklarına saygı göstermek zorunda bırakacaktır. Özellikle, robotlar bir gün bilinçli varlıklar haline gelirse ve dolayısıyla daha güçlü, daha hızlı, daha zeki, daha mükemmel ve neredeyse ölümsüz hale gelirse, insanlık mevcut haliyle çökmeye ve hatta belki de doğal seleksiyon yoluyla en güçlülerin hayatta kalmasıyla daha zayıf varlıkların yok olmasına mahkûm olacaktır. Bu nedenle, bir robota bilinç aşılmasını amaçlayan veya dolaylı olarak bu etkiye sahip herhangi bir bilimsel araştırmanın insanlık için potansiyel olarak tehlikeli kabul edileceği ve sıkı bir şekilde düzenleneceği bir ilkenin oluşturulması gerekli görülmektedir” ifadelerine yer verilmiştir. (<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>).

sorulara dair genel bir yaklaşım sergilenmiştir.<sup>62</sup> Gerçekten de tıpkı Asimov'un kurgusal senaryolarında yer aldığı üzere yapay zekâya sahip sistemlerin beklene- nin dışında sonuçlara sebep olması ihtimal dâhilindedir. İşte bu sebeple yapay zekâ ve yapay zekâya sahip robotlara ilişkin yasal düzenlemeler önem kazanmaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği tarafından hazırlanan Yapay Zekâ Yasası'nda yapay zekâ geliştiricileri, dağıtıcıları ve kullanıcıları için net gereksinimlerin or- taya konulması, yükümlülüklerin belirlenmesi; özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler başta olmak üzere işletmeler için idari ve mali yüklerin azaltılması için gerekli tedbirleri almak amaçlanmıştır. Yine Avrupa Birliği, üye devletlere kılavuzluk etmek suretiyle ulusal düzenlemelerde insanların ve işletmelerin gü- venliği ve temel hakları garanti alınarak yapay zekânın benimsenmesi, yatırım ve inovasyonun güçlendirilmesini hedeflemiştir. Ayrıca Yapay Zekâ Yasası, Avrupa- lıların yapay zekânın sunabileceklerine güvenebilmelerini sağlamayı gaye edin- miştir. Avrupa Birliğine göre, çoğu yapay zekâ sistemi sınırlı risk oluşturmakta veya herhangi bir risk taşımamaktadır. Yine söz konusu sistemler birçok toplumsal sorunun çözümüne katkıda bulunmaktadır. Ne var ki bazı yapay zekâ sistem- lerinin istenmeyen sonuçları mevcuttur ve bu riskelerden kaçınmak için tedbir almak gerekmektedir. Örneğin, bir yapay zekâ sisteminin neden bir karar veya tahminde bulunduğunu ve belirli bir eylemi gerçekleştirdiğini bulmak genellikle mümkün değildir. Bu nedenle, bir işe alım kararında veya bir kamu yararı progra- mı başvurusunda olduğu gibi, bir kişinin haksız yere dezavantajlı olup olmadığını değerlendirmek zorlaşabilir.<sup>63</sup> Yasanın en önemli özelliği yapay zekâya ilişkin risk sınıflandırmasıdır. Nitekim söz konusu sınıflandırmada kabul edilemez, yüksek, sınırlı ve minimum risk olmak üzere 4 aşamalı bir piramit belirlenmiştir.

Kabul edilemez risk hem toplum yapısının güvenliği ve devamı hem de bire- yin temel hak ve hürriyetleri bakımından risk taşıyan bazı yapay zekâların kulla- nılmasını yasaklamıştır. Söz konusu yapay zekâ manipülatif teknikler kullanarak güvenlik açıklarından faydalanma, gerçek zamanlı biyometrik sınıflandırma, sos- yal puanlama, önleyici kolluk, tahmine dayalı polislik, internete bağlı yüz tanıma veri tabanları ve duygu tanıma yazılımlarının işyerlerinde ve eğitim kurumlarında kullanılması ve bireylerin siyasi, dini, felsefi inançlar, cinsel yönelim ve ırkla- rı gibi hassas özellikleri kullanılarak biyometrik olarak kategorize edilmesi yer almaktadır. Ancak kimlik tespitine ilişkin biyometrik sistemlerin kamuya açık alanlarda kolluk faaliyetlerinin yerine getirilebilmesi amacıyla kullanılabilmesi kararlaştırılmıştır.<sup>64</sup>

62 <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>.

63 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai#:~:text=The%20AI%20act%20ensures%20that,address%20to%20avoid%20undesirable%20outcomes>.

64 <https://etikblog.com/avrupa-birligi-yapay-zeka-yasasi/>.

Yüksek riskli olarak tanımlanan yapay zekâ sistemleri aşağıdakilerde kullanılan yapay zekâ teknolojisini içerir: vatandaşların hayatını ve sağlığını riske atabilecek kritik altyapılar (örneğin ulaşım); eğitime erişimi ve bir kişinin hayatının mesleki seyrini belirleyebilecek eğitim veya mesleki eğitim (örneğin sınavların puanlanması); ürünlerin güvenlik bileşenleri (örneğin robot destekli cerrahide yapay zeka uygulaması); istihdam, çalışanların yönetimi ve serbest mesleklerle erişim (örneğin işe alım prosedürleri için CV sıralama yazılımı); temel özel ve kamu hizmetleri (örneğin, vatandaşların kredi alma fırsatını reddeden kredi puanlaması); insanların temel haklarına müdahale edebilecek kolluk kuvvetleri (örneğin kanıtların güvenilirliğinin değerlendirilmesi); göç, iltica ve sınır kontrol yönetimi (örneğin seyahat belgelerinin gerçekliğinin doğrulanması); adalet ve demokratik süreçlerin idaresi (örneğin, kanunun somut bir dizi olguya uygulanması). Yasaya göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, piyasaya sürülmeden önce katı yükümlülüklerle tabi olacaktır. Öncelikle yeterli risk değerlendirme ve azaltma sistemleri devreye alınacaktır. Yine riskleri ve ayrımcı sonuçları en aza indirmek için sistemi besleyen veri kümelerinin kalitesinin yüksek ve güncel olması temin edilecektir. Ayrıca sonuçların izlenebilirliğini sağlamak üzere faaliyetler kaydedilerek yetkililerin uygunluğu değerlendirebilmesi için sistem ve amacı hakkında gerekli tüm bilgileri sağlayan ayrıntılı dokümantasyon sağlanacaktır. Öte yandan kullanıcıya açık ve yeterli bilgi verilecek, riski en aza indirmek için uygun insan gözetimi önlemleri alınarak yüksek düzeyde sağlamlık, güvenlik ve doğruluk temin edilecektir. Buna göre tüm uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilir ve katı gerekliliklere tâbidir. Uzaktan biyometrik tanımlamanın kamuya açık alanlarda kolluk kuvvetleri amacıyla kullanılması ise prensip olarak yasaktır. Öte yandan kayıp bir çocuğu aramak, belirli ve yakın bir terör tehdidini önlemek veya ciddi bir suçun failini veya şüphelisini tespit etmek, yerini belirlemek, tanımlamak veya kovuşturmak için gerekli olması gibi dar istisnalar kesin bir tanım ve düzenlemeye tâbidir. Bu kullanımların yargının veya diğer bağımsız bir organın iznine bağlı olması ve zaman, coğrafi erişim ve aranan veri tabanları bakımından uygun sınırlamalar getirilmesi gerekmektedir.<sup>65</sup>

Sınırlı risk ise belirli şeffaflık yükümlülüklerine sahip yapay zekâ sistemlerini ifade eder. Sohbet robotları gibi yapay zekâ sistemlerini kullanırken, kullanıcılar bir makine ile etkileşime girdiklerinin farkında olmalıdır. Böylece kullanıcılar devam etme veya etmeme konusunda bilinçli bir karar alabilirler. Yapay zekâ yasası, minimum riskli yapay zekânın serbestçe kullanılmasına izin vermekte-

65 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai#:~:text=The%20AI%20act%20ensures%20that,address%20to%20avoid%20undesirable%20outcomes.>

dir. Bu, yapay zekâ destekli video oyunları veya spam filtreleri gibi uygulamaları içerir. Şu anda AB’de kullanılan yapay zekâ sistemlerinin büyük çoğunluğu bu kategoriye girmektedir.<sup>66</sup>

AB tarafından hazırlanan söz konusu yasa öncesinde de kimi çalışmalarla yapay zekâ etiği ve roboetik konuları gündeme gelmiştir. Nitekim 2004 yılında Birinci Uluslararası Roboetik Sempozyumu düzenlenerek “roboetik” kavramı ortaya konmuş<sup>67</sup> ve ek olarak aynı konuda uluslararası kurumlarca Dünya Robot Deklarasyonu imzalanmıştır. İşbu Deklarasyon’da robotların insan hayatını kolaylaştırdığı hususuna vurgu yapılmıştır. Yine robotlar ile insanlar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için etik ilkeler belirlenerek robotların da toplumun parçası olduğu ifade olunmuştur.<sup>68</sup> Öte yandan Güney Kore<sup>69</sup> ve Japonya<sup>70</sup> gibi ülkelerde insan ve robotlar arasındaki ilişkiler üzerine etik çalışmalar yürütülmektedir. Ayrıca konuyla ilgili örneğin Elektrik ve Elektronik Mühendisleri Enstitüsü (IEEE- The Institute of Electrical and Electronics Engineers), Avrupa Robotik

66 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai#:~:text=The%20AI%20act%20ensures%20that,address%20to%20avoid%20undesirable%20outcomes>.

67 Konuya ilişkin temel tartışmalar şunlardır: • Ekonomi, teknolojik değişim istihdam modellerini olumsuz etkilemektedir. Makineler hâlihazırda çeşitli işlerde insanların yerini almış durumdadır. Makineler daha akıllı hale geldikçe bu durum daha da artarak çok daha hissedilir bir sorun yaratacak mıdır? • Toplum üzerindeki etkileri de belirsizdir. Bu akıllı robotlar günlük yaşamımızın bir parçası haline geldiğinde, dahası hayatlarımız onlara bağlı olduğunda nasıl bir gelişme yaşanacaktır? Robotlara olan teknoloji bağımlılığı, televizyon, internet ve video oyunlarına olan bağımlılıktan daha tehlikeli ve yıkıcı olabilir mi? • Sağlık hizmetleri tıp etiği bağlamında ise robotik yoluyla cerrahinin ilerlemesi ve odak noktasının hastalardan teknolojiye olası bir kayma yaşaması ile ilgili konular tartışılmaktadır. Robotik protezler ve Hibrit-Biyonik Sistemler tasarlayan ve uygulayan Biyo-robotik, Biyoetik sorunlarla karşı karşıya kalacaktır. • Öte yandan akıllı makinelerin aşırı veya yanlış patentlenmesi ticari rekabeti azaltabilir mi? Böyle bir durumda temel ihtiyaç halini alacak olan pek çok robotik ürün halkın büyük bir kesiminin faydalanamayacağı kadar pahalı hale gelebilir mi? • Kasıtlı istismar/terörizm hususlarında ise robotların savaşların yapılış biçimleri üzerinde dramatik bir etkisi olması muhtemeldir. Zira robotların insan hayatı ile savaş maliyetlerini düşürecek ihlaller arasında etik bir dilemmaya düşecekleri şüphelidir • Robotlar tarafından yapılan veya yapılmayan eylemler için sorumluluk noktasında düzenlemeler nasıl yapılmalıdır hususu da başka bir tartışma konusudur (Gianmarco Veruggio, (2005, 18 Nisan), “The Birth of Roboethics”, IEEE International Conference on Robotics and Automation Workshop on Robo-Ethics Barcelona, <https://philarchive.org/rec/VERTBO-3> E.T. 06.03.2024).

68 Yasemin Özbilgin, Uluslararası Hukukun Yaptırım Problemine Özel Hukuk Perspektifinde Alternatif Çözüm: Yapay Zekâ, Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul 2023: 19.

69 Bu kapsamda Güney Kore Ticaret Bakanlığı tarafından bir çalışma yapılmış olup, 2012 yılında “Robot Etiği Bildirgesi” (South Korean Robot Ethics Charter) yayımlanmıştır. Ön çalışma niteliğinde olan bu çalışma daha çok tasarım, üretim ve işyeri ilişkilerine ilişkindir (bkz [https://clawar.org/wp-content/uploads/2019/11/ICRES2019\\_p64\\_paper\\_4.pdf](https://clawar.org/wp-content/uploads/2019/11/ICRES2019_p64_paper_4.pdf) E.T. 11.03.2024).

70 Nisan 2016’da Japon hükümeti, siber fiziksel sistemler aracılığıyla insanların üretkenliğini ve yaşam kalitesini arttırmak için insan merkezli sürdürülebilir bir toplum yaratma vizyonu olan Toplum 5.0 kavramını desteklemeye başlamıştır. (Meral Çalış Duman, “Toplum 5.0: İnsan Odaklı Dijital Dönüşüm”. Journal of Social Policy Conferences, Sayı: 82 (2022): 313).

Ağı (Euron- European Robotics Network)<sup>71</sup> gibi gruplarda çalışmalar yürütmektedir. Bu bağlamda en önemli husus yapay zekânın iradi seçim yapabilmesi, ahlaki değerler gözetebilmesi ve sosyal roller edinebilmesi halinde nasıl konumlandırılacağıdır. Nitekim sadece tüketici haklarına dönük düzenlemeleri aşan şekilde üreticilerin ve yapay zekânın korunması için haklar tanınıp tanınmayacağı ve nihayetinde yapay zekânın etik kararlar alıp alamayacağı tartışılmaktadır.

Ülkemizde henüz yapay zekâyı tanımlayan ya da doğrudan yapay zekâ sistemlerine dönük bir düzenleme mevcut değildir. Çalışma konusu bakımından mevcut durumda kamusal görevlerin ifası esnasında dijitalleşmeden söz edilebilirse de idari işlemlerin insan müdahalesi olmaksızın yapay zekâ tarafından ifa edilmesi de söz konusu değildir. Ancak kamu hizmetlerinde değişkenlik ve uyarılama ilkesi gereği çağa ayak uydurmak üzere sistemler otomatize edilmektedir. Bu ise verilen hizmetler açısından değişimleri ve tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu değişimlere ayak uydurmak açısından ise öncelikli olarak yapay zekâ üreticilerinin uyması gereken kurallar, yapay zekânın kullanılabileceği alanlar ve yasaklar belirlenmeli, bu hususta denetim, teşvik ve müeyyide mekanizmaları oluşturulmalıdır. Bu noktada idarelerce yapay zekânın kullanılması ve idari işlemler bağlamında değerlendirme yapmak gerekmektedir.

## 2. Yapay Zekânın İdareler Tarafından Kullanılması

İdarenin her gün değişen ve artan iş yükünün yanı sıra söz konusu iş ve işlemleri kaydetmesi, saklaması ve kimi zaman ilgililerle paylaşması da gerekmektedir. Yapay zekâ ise tüm bu işleyişin kalbinde yer almaya başlamıştır. Zira yapay zekânın kullanımı ile bir yandan yapılan işlerin daha kısa zamanda ve görece daha verimli yapılması imkân dahilinde olduğu gibi rutin işlerin azalması ile çalışanlara daha esnek ve yaratıcı bir çalışma ortamı sağlanması; teknolojik çözümler sayesinde işleyiş, denetim ve kalite süreçlerinde önemli aşamalar kaydedilmesi mümkündür. Teorik olarak idareler tarafından yapay zekânın kullanım biçimi ikiye ayrılabilir: (a) Yapay zekânın yalnızca idari işlemin yapılma süreçlerinde yardımcı olduğu ve karar alma mekanizması içinde doğrudan yer almadığı idari süreç; Yapay zekâ özellikle doksanlı yıllardan itibaren idareler tarafından da yoğun biçimde kullanılmaya başlanmıştır. Hemen hemen tüm ülkelerde elektronik

71 2004 yılında IEEE-Robotics & Automation Society, araştırmacılar, filozoflar ve etikçiler arasındaki tartışmayı teşvik ederek ve bu bağlamda etik sorunları yönetmek için ortak araçların oluşturulmasını destekleyerek robotik araştırmaların etik sonuçlarına dönük bir çerçeve sağlamak üzere Robo-Etik Teknik Komitesi kurmuştur. Avrupa Komisyonu 6. Çerçeve Programı 2003-2007 kapsamında yer alan Avrupa Robotik Araştırma Ağı EURON, 2005 yılında CNRS-Laboratoire d'Analyse et d'Architecture des Systèmes ve Scuola Superiore Sant'Anna ile ortaklaşa Scuola di Robotica tarafından önerilen Roboetik konulu bir araştırma atölyesini finanse etmiştir (Veruggio: <https://philarchive.org/rec/VERTBO-3>).

dönüşümler yaşanmış; yapay zekâ belge taramak, arşivlemek, veri oluşturmak, iletmek, saklamak, işlemek, analiz etmek gibi işlemleri hızlandıran ve yapılan işin kalitesi ve verimini artıran bir fonksiyon edinmiştir.

(b) Yapay zekânın da karar verici olduğu idari süreç: Yapay zekânın idare adına karar verici biçimde konumlandırılabilmesi için öncelikle yapay zekânın verdiği kararların insanlar tarafından denetlenebilir olup olmama bakılmalıdır. Başka bir deyişle bu kararların son aşamada insan müdahalesine açık olup olmadığı hususu belirlenmelidir. Zira yapay zekânın gerçekleştirdiği idari işlemin yürürlüğü bir insanın müdahalesine tâbi ise mevcut idari işlem teorisinden uzaklaşmanın gerekmediği açıktır. Esasen doktrinde sorumluluk hukukunda da değişiklik meydana getirmeyecek şekilde gerçekleşecek bu işleyiş biçimi taraftar bulmakta ve yapay zekânın yalnızca verilen emirleri yerine getirdiği bir sistem kurgulamanın insanlığın sonunu getirebilecek felaket senaryolarını da sonlandıracağı düşünülmektedir.<sup>72</sup> Uygulamaya bakıldığında bu endişelerin giderilmesi için çalışmalar yapıldığı görülmektedir. Sözgelimi Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasasında denetim ön plana çıkmaktadır. Yine konuya ilişkin bir başka güncel örnek Amerika Birleşik Devletleri'nin İllinois Eyaletinde hayata geçen video ile iş mülakatına ilişkin düzenlemedir. Söz konusu Yapay Zekâ Mülakat Yasası'nda iş başvurularının video mülakatı ile gerçekleştirilerek söz konusu videoların yapay zekâ ile analiz edilmesi yönteminin kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Ancak bunun için önce başvuranın rızasının alınması, sürecin ve değerlendirme aşamalarının açıklanması ve videonun başkaca amaçlarla kullanılmaması gibi yükümlülükler getirilmiştir. Öte yandan mülakat değerlendirmeleri için yapay zekâ analizi kullanılmakla birlikte son karar yine işveren tarafından verilmektedir. Yine istihdam noktasında yapay zekânın güvenlik soruşturması yapması da olasıdır. Ancak bu durumda yapay zekânın hangi verilere, hangi kaynaktan ne ölçüde erişebileceğine ilişkin sınırlar getirilmesi gerekecektir.<sup>73</sup> Konuya ilişkin bir diğer örnek ise Fransa'da Dönüşüm ve Kamu Hizmetleri Bakanlığı tarafından kamu görevlilerince yapay zekânın kullanımını artırmak için yapılan çalışmalar oluşturmaktadır. Buna göre

72 Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz., N. van Berkel/B. Tag/ J. Goncalves/ S. Hosio (2020). Human-Centred Artificial Intelligence: A Contextual Morality Perspective. Behaviour and Information Technology; Ben Shneiderman, Human-Centered AI, Oxford University Press, February 2022, Mark O. Riedl, "Human-centered artificial intelligence and machine learning", Human Behavior and Emerging Technologies, Vol 1, Issue 1, 2019: 33-36.

73 "Yapay zekâların istihdam edilmesiyle yapay zekâlı robotlar savaşlarda otonom ölümcül silahlar olarak kullanılacak ve yeni teknolojiyle beraber internete bağlanabilecek, açık çevrelerden bilgi toplayabilecek, bu bilgileri bulut sunucularına iletebilecektir. Bu şekildeki gelişmelerle robotlar verilerin gizliliği ve telif hakkı ihlal edebilecek, ticari sırları ele geçirebilecek veya ulusal güvenliği tehdit edebilecektir." (Ceren Soydan Katruff, Roma Hukukunda Kölelik Kavramıyla Günümüzdeki Yapay Zekâ Kavramının Haksız Fiil Hukuku Bakımından Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2023: 148.



vergi yönetmeliği, emeklilik maaşlarının ödenmesi, sosyal yardımlar hakkında kullanıcı sorularını yanıtlamak için gelen taleplerin yapay zekâ tarafından değerlendirip otomatik olarak cevaplanacağı bir sisteme geçilmesi çalışmaları yürütülmektedir. Uygulamayla, kamu hizmetlerinde yaşanan personel eksikliğini doldurularak hâlihazırdaki personelin, teknoloji kullanımında zorluk yaşayan yaşlı kesimin soru ve taleplerine hızlıca cevap vermesi ve işlemlerde zaman tasarrufu sağlanması amaçlanmıştır.<sup>74</sup> Ayrıca dijital dönüşüm için Kamu Eylem Programı” hazırlanmıştır. Zira Fransa’da kamu faaliyetlerinin dijital ve algoritmik dönüşümü uzmanlaşmış idarelerin işi olarak nitelendirilmekte ve kamu politikası bu algılayışa göre biçimlendirilmektedir.<sup>75</sup> Dolayısıyla, siyasi düzeyde, Devletin dijital dönüşümünü yönlendirmek ve yönetmek için yapılar oluşturulmuştur. İlk olarak, “Kamu Eylemi 2022” reform programının bir parçası olarak Bakanlıklar Arası Kamu Dönüşüm Müdürlüğü reform programının eylemlerine pilotluk yapmaktadır. İkinci olarak, Bakanlıklar arası Dijital Müdürlük, Devletin dijital stratejisini geliştirmekten ve uygulamanın denetlenmesinden sorumludur. Bahse konu Müdürlüğün görev alanı, “eylemlerinde daha etkili ve vatandaşlar, işletmeler ve kamu görevlileri için daha basit bir Devlet için verilerin etkili kullanımını geliştirme”yi içermektedir.<sup>76</sup>

Görüleceği üzere bu örneklerde, süreçlerin çoğunda yapay zekâ yaygın biçimde kullanılmakta, ilgili işlemi sonuca erdirmekte ve fakat yürütülen aşamalarda işlem başlatma, yapılacak işlemlerin sınırlarını belirleme ve sonuçların denetimi kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Üstelik nihai işlemler de insan tarafından sonuçlandırılmakta veya denetlenmektedir. Ancak yapay zekânın karar verici olarak hareket etmesi; eylem ve işlemleri ile idareyi temsil eden zeki bir idare ajanı olarak kullanılması da mümkündür. Üstelik bu durumda yapay zekânın asırlık ve derin köklere sahip insani zaafllara yenik düşmeden potansiyel olarak hükümet görevlerini yerine getirmesi de olasıdır. Bu durumda devlet dairelerinde istenilen performansı göstermeyen ve fakat memuriyet güvencesinden istifade eden idari personellerin yerini akıllı yapay ajanların alması düşünülebilecektir. Böyle bir durumda yapay zekânın verilen görevleri hızlı, sürekli ve işleriyle ilgili çok az ve meşru şikâyetle gerçekleştireceği düşünülmektedir. Zira insanları çalışmaktan alıkoyan, hastalık, mobing, koşulların uygunsuzluğu gibi pek çok rasyonel sebep mevcuttur. Üstelik her zaman çalışanları daha

74 <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/fransada-kamu-gorevlieleri-zaman-tasarrufu-icin-yapay-zekayi-deneyimleyecek/2980336> (E.T. 17.02.2024).

75 Henry Oberdoff, “La transformation numérique de l’administration publique”, *Revue du droit public*, Septembre 2020: 1173.

76 Marianne Uguen, “Le recours aux algorithmes dans l’action publique”, <https://www.sciencespo.fr/ecole-affaires-publiques/sites/sciencespo.fr/ecole-affaires-publiques/files/UGUEN.pdf>.

çok ve verimli çalışma için motive edecek teşvik sistemleri ve çalışma koşulları oluşturmak zordur. Nihayetinde, eğer yapay zekâ teknolojisi insanların yaptığı işi yapabilecek kapasiteye erişirse aynı işi böylesi itiraz ya da bahaneleri olmaksızın yapacak makineler inşa etmek daha ekonomik görülebilir.<sup>77</sup> Ünlü Profesör Hawking de yapay zekânın kendisini geliştirmeyi sürdürebileceği ve hatta kendisini yeniden biçimlendirebileceğini ifade ederek böylesi bir gelişmede son derece yavaş bir biyolojik evrimle sınırlı olan insanların, bu tür bir güçle yarışamayacağını iddia etmiştir.<sup>78</sup> Tüm bu veriler ışığında bazı ülkelerde yapay zekânın müdahale olmaksızın karar alma süreçlerinde etkinliği denenmeye başlamış ve otomatik karar verici sistemler devreye alınmıştır. Aşağıda genel hatları ile bu hususa değinilecektir.

### 2.1. Yapay Zekâ ve Otomatik Karar Alma Sistemleri

Uzun yıllardır fütüristler tarafından yapay zekânın, birçok nihai kararı da alarak işi üstleneceği iddia edilmiştir.<sup>79</sup> Ne var ki yaygın otomatik karar alma sürecinin gerçekleşmesi yavaş olmuştur. Bunun sebepleri karmaşık düşünce aşamaları, bir diğeri kişilerin uzun yıllara sari tecrübelerini, bilgi birikimlerini yapay zekâ sistemleri ile paylaşmak konusundaki isteksizlikleri, karar verme süreçle-

77 Smith, Thomas A.: 4, 5.

78 Rory Cellan-Jones, "Hawking: Yapay zeka insanlığın sonunu getirebilir" (02.12.2014), [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/12/141202\\_hawking\\_yapay\\_zeka](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/12/141202_hawking_yapay_zeka) (E.T. 12.02.2024) (aynı haber kaynağında Elon Musk'ın da "yapay zeka karşımızdaki en büyük varoluşsal tehlike" ifadesini kullandığı; buna karşın sohbet edebilen Cleverbot adlı yazılımın yaratıcısı Rollo Carpenter'a göre, insanlar uzunca bir süre daha teknolojinin kontrolüne sahip olacağını; hâlâ tam anlamıyla yapay zeka üretebilmek için gereken algoritmaların geliştirilemediği ve bunun ancak önümüzdeki birkaç on yılda mümkün olabileceği belirtilerek Carpenter'ın, görüşünü "Bir makine gelecekte insan zekasını geçse bile bu bize yardımcı olur mu, biz bunu tamamen göz ardı eder miyiz, yoksa tamamen yok mu ederiz, bunu tam olarak bilemeyiz" biçiminde ifade ettiği belirtilmektedir.

79 Ali Al Enazi, "Gen Alpha and AI set to disrupt wealth management industry, argue futurists", (21.05.2024). <https://www.pwmnet.com/gen-alpha-and-ai-set-to-disrupt-wealth-management-industry-argue-futurists>. Bu yıllık PWM Varlık Yönetiminde İnovasyon Zirvesi'ndeki konuşmacılara göre, 2010 ile 2024 yılları arasında doğan Alfa Kuşağı ve "yapay zekâ kaynaklı tembellik", konusu gündeme gelmiştir. Konuya ilişkin haberde: "İngiltere'deki Teesside Üniversitesi Uluslararası İşletme Okulu'nda Sürdürülebilirlik ve Uluslararası İşletme alanında kıdemli öğretim görevlisi ve fütürist olan Mansoor Soomro, 'Yapay zeka rehavete yol açabilir mi?' diye sordu. Soomro, yapay zekanın sektöre dâhil edilmesiyle birlikte, eleştirel ve analitik düşünme alanının büyümeyebileceğini iddia etti. Bu durumun "rehavete yol açabileceğini" söyledi. Ayrıca, yapay zekânın karar verme sürecinde koltuk değneklerine yol açabileceğini savundu. 'Karar verme koltuk değneği, insan muhakemesi yerine bizim için seçimler yapması için bir şeye, bu durumda yapay zekâya, büyük ölçüde güvendiğimiz zamandır' dedi. Bankacılık ve finans sektörünün yapay zekâya aşırı güvenip güvenmediğini sorguladı. Buna karşılık Indosuez Wealth Management'ın dijital grup şefi Romain Jérôme, sektörün şimdilik yapay zekâdan çok az yararlandığını söyledi. 'Bence yapmayı hedeflediğimiz şey, uyumlulukla ilgili her şeyi ve bunun getirdiği tüm yükü yapay zekâ aracılığıyla daha fazla yönetici görevinin yerini almak' dedi. 'Nihai karar insani olmaya devam edecek.' şeklinde sözlerini bağladı." İfadelerine yer verilmiştir.

rinin dinamik ve değişken oluşu idi.<sup>80</sup> Bu sebeple başlangıçta karar almaya yardımcı mekanizmalar devreye alınmıştır. Söz konusu karar destek sistemleri olay ve olguları arşivlemek, analiz etmek, istatistiksel bilgiler oluşturmak gibi ciddi emek ve zaman isteyen işlemler bakımından kullanılmıştır. Ancak yöneticiler karar verme işlemlerini doğrudan makinelere devretme fikrine ya uzak durmuş ya da kendi kararlarını haklı çıkardığı ölçüde güven verici bulmuşlardır.<sup>81</sup> Ne var ki teknolojik gelişmeler bahse konu kaygıları geride bırakmış ve otomatik karar verme sistemleri ciddi boyutta hayatımızı etkilemeye başlamıştır. Bu duruma arama motorları ve kişiselleştirilmiş reklam uygulamaları örnek verilebilir. Yine kişiselleştirilmiş tavsiye sağlık ve spor amaçlı programlar yahut kronik hastalıkları olan kimselerin verilerini işleyerek vücut değerlerini anlık biçimde takip etmek suretiyle sağlık önleyici tedbirler alan sistemler de başka örneklerdir.<sup>82</sup> Esasen bireysel kullanımların yanı sıra idareler de otomatik karar alma sistemlerini uygulamaya almak suretiyle denemeler yapmaktadır.

Otomatik karar verme, genellikle düşük düzeyde de olsa insan müdahalesi gerektiren çeşitli yaklaşımları içerir. Bu tür ortamların amacı, bir bilgisayar sisteminin bir karar ya da öneri ortaya koymasını sağlamaktır. Ancak bu süreçlerde (a) hiç insan müdahalesi olmaması, (b) insanların yalnızca denetim yapması veya (c) tüm verilerin yapay zekâ tarafından hazırlanmasından sonra bu veriler üzerinden nihai kararı insanların vermesi biçiminde üç temel işleyişten söz edilebilir. İşbu süreçlerde otomatik karar verici sistemler birçok etkiyi birlikte analiz ederek yapılandırılmış çözümler sunabilirler. Uygulamada örneğin bir kişiye bankalar tarafından tanınan kredi miktarı kişinin geliri, varlıkları, ödeme alışkanlıkları, ödeme geçmişi, borçlarını da içeren finansal değerlendirmeler vasıtasıyla belirlenebilmektedir. Hatta kişiye verilecek kredi miktarı dışında ödeme planları da bu veriler ışığında kişiselleştirilebilmektedir. İkinci olarak verim optimizasyonu yöntemiyle örneğin havayolu şirketleri, koltuk fiyatlarını gün, saat, müsaitlik gibi kriterlerle arz-talep dengesine göre belirleyen otomatik uygulamalar kullanmakta, kararlarında müşteri sadakati ve yaşam boyu değer gibi daha fazla faktörü kullanabilmektedir. Değişken fiyatlandırma modellerine dayanan bu yöntemi imalat, lojistik ve taşımacılık şirketleri perakendecilik ve eğlence gibi diğer sektörler de

80 Harris, Jeanne & Davenport, Thomas, "Automated Decision Making Comes of Age Thomas", MIT Sloan Management Review, 46 (4), 2005: 2.

81 Harris, Jeanne & Davenport, Thomas: 2, 3.

82 Her ne kadar bahse konu araçlar gündelik yaşamda kolaylık ve fayda sağlıyor olsa da profil çıkarma algoritmaları ve otomatik karar alma süreçleri, veri güdümlü toplumda giderek büyüyen bir risk olgusu olarak da algılanmaktadır. İşbu profil çıkarma teknolojisi finans, sigorta, konut, polis soruşturmaları, e-ticaret, çalışma hayatı gibi bir çok açıdan yaşamımıza dahil olmaktadır (Malgieri, Gianclaudi, "Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations", <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753>).

kullanmaktadır. Yönlendirme veya segmentasyon yönteminde ise firmalar filtreler aracılığı ile uygun çözümler geliştirmeyi tercih etmişlerdir. Bu yöntemde örneğin sigorta şirketleri belirli filtrelerle tâbi tuttuğu müşterilerini kendilerine uygun seçeneklere yönlendirmişlerdir. Ayrıca mevzuat ya da şirket politikası temelli çalışan otomatik karar verici sistemler de mevcuttur. Daha ziyade sosyal yardımların veya ev kredilerinin verilmesi gibi durumlarda mevcut kuralları sıkı sıkıya takip eden bu sistemler daha çok geçmiş süreçlerdeki sorun ve çözümler ile temel talep ve sonuç çizgilerini takip etmektedirler. Operasyonel kontrol sistemleri ise çevre şartlarını algılar ve kurallar veya algoritmalar temelinde hızlı yanıt verir. Örneğin, elektrik kesintilerini önlemek için tasarlanmış elektrik algılama sistemleri yahut tarımsal yetiştirme koşullarını izleyen ve uzaktan sensör ağına dayalı olarak uygun önlemleri alan sistemler gibi.<sup>83</sup>

Konu idareler bağlamında incelendiğinde ise Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği, İngiltere ve Kanada'da artık özellikle devlet tarafından yapılan sosyal yardımlar, göç, çevresel risk değerlendirmesi, ekonomik düzenlemeler ile idari soruşturmalar açısından yürütülen idari işlemlerde karar vermeye yardımcı olmak için insan müdahalesini olabildiğince azaltan ya da kaldıran yapay zekâ ve algoritmik sistemler kullanılmaya başlanmıştır. Bu sistemler idare tarafından verilen hizmetlerde verimi artırmak, maliyetleri düşürmek ve performans ölçütlerini iyileştirmek açısından olumlu sonuçlar vermiştir.<sup>84</sup> Söz konusu ülkelerde, idari karar alma sürecinin bir kısmını veya tamamını otomatikleştiren bilgisayar sistemleri olarak tanımlanabilecek otomatik karar alma sistemleri devreye alınmıştır. Bahse konu sistemler istatistik ve bilgisayar bilimleri temellerine dayanan algoritmalarla oluşturulur ve tahmine dayalı analiz ve makine öğrenimi gibi teknikleri içerebilir. Esasen yapay zekâ temelli sistemlerin insan müdahalesini azaltacak ya da ortadan kaldıracak şekilde karar vermesine ilişkin süreçlerin tasarlanması ve uygulanmasına yönelik artan ihtiyaca yanıt olarak, (hükümetler, şirketler, akademik kurumlar ve sivil toplum kuruluşları da dahil olmak üzere) 75'ten fazla kuruluş yönerge/kılavuz hazırlamıştır. Bunlara Etik Olarak Uyumlu Tasarım (IEEE, 2019), Güvenilir Yapay Zekâ için Etik Kurallar (AI HLEG, 2019) ve OECD'nin Yapay Zekâ Konseyi Tavsiyesi (OECD, 2019) örnek verilebilir. Terminolojide farklılıklar olsa da bahsi geçen kılavuzlar genel olarak beş ana ilke etrafında toplanmaktadır: yararlılık, zarar vermeme, özerklik, adalet ve açıklanabilirlik.<sup>85</sup> Yine Kanada'da işbu sistemlerin düzenlenmesi gereği de hisse-

83 Harris, Jeanne & Davenport, Thomas: 4, 5.

84 Shea Coulson/ Trevor Hunt "How artificial intelligence will change administrative law: The Government of Canada's Directive on automated decision-making", (24.05.2023) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fd86e808-9237-42ef-b532-c72ddceee630>, (E.T. 07.03.2024).

85 [https://www.researchgate.net/publication/355495908\\_Ethics-Based\\_Auditing\\_of\\_Automated\\_](https://www.researchgate.net/publication/355495908_Ethics-Based_Auditing_of_Automated_)

dilerek Otomatik Karar Alma Yönergesi adı altında bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemede bireylerin veya toplulukların hakları; bireylerin eşitliği, saygınlığı, mahremiyeti ve özerkliği; bireylerin veya toplulukların sağlığı veya refahı; bireylerin, kuruluşların veya toplulukların ekonomik çıkarları; bir ekosistem devam eden sürdürülebilirliği, şeffaflık ve açıklanabilirlik öğelerini ilave ettiği bir yönerge kabul edilmiştir.<sup>86</sup>

## 2.2. Otomatik Karar Alma Uygulamalarına İlişkin Eleştiriler

Elbette yapay zekâ ile yürütülen tüm süreçlerin başarılı sonuçlar verdiğini iddia etmek mümkün değildir. Bunun en temel gerekçelerinden biri yapay zekânın belirli verilerle hareket etmesidir. Ne var ki son yıllarda veri bilimciler, belirli otomatik karar sistemlerinin ayrımcılığa yol açabilen “önyargılarının” mevcudiyetini keşfetmişlerdir. Veri odaklı analitik ve makine öğrenimi, geçmişin hem arzu edilen hem de arzu edilmeyen sonuçlarını doğru bir şekilde yakalayabilir ve bunları ileriye dönük olarak yansıtabilir. Geçmiş verilere dayanan algoritmalar bazı durumlarda ırk, sınıf, cinsiyet gibi o dönemde çeşitli gerekçelerle yaşanmış ve arzu edilmeyen eşitsizlikleri doğru kabul etme potansiyeline sahiptir. Bunun yanı sıra, eksik ya da orantısız temsile sahip veri kümeleri üzerinde eğitilen algoritmalar da sistemlerin doğruluğunu etkileyebilir. Yine bu algoritmaların henüz karmaşık zihinsel süreçler neticesinde oluşturulan gerekçelendirme, şeffaflık, hesap verebilirlik gibi alanlarda eğitilemediği de gözden kaçmamalıdır. Gerçekten de otomatik sistemlerle ilgili bir diğer potansiyel sorun da sistemin tahminlerine veya sınıflandırmalarına nasıl ulaştığının açıklanamamasıdır. Özellikle, sinir ağları kullanıldığında olduğu gibi, sistemler karmaşılaştığında kolay anlaşılır bir açıklama üretmek zorlaşabilir. Örneğin *Cahoo v. SAS Analytics Inc.*, 912 F.3d 887 (6th Cir. 2019) davasında, Michigan İşsizlik Sigortası Kurumu tarafından işsizlik yardımlarını yönetmek için kullanılan MiDAS adlı yapay zekâ sisteminin işlemleri yargılamaya konu edilmiştir. MiDAS, bildirilmeyen bir gelir tespit ettiğinde veya bir hak sahibi hakkındaki diğer bilgileri incelediğinde bireyin hileli davranışlarda bulunup bulunmadığını belirlemek için otomatik bir süreç başlatmıştır. Bir kişi hakkında sahtekârlık yaptığına ilişkin şüphe halinde kendisine çoktan seçmeli bir anket gönderilmiş ve sorulara verilen yanıtlarda şüpheyi doğrulayacak herhangi bir seçeneğin işaretlenmesi yapay zekânın bireyin eylemlerini sahtekârlık olarak kabul etmesiyle sonuçlanmıştır. Bireylere neden zan altında oldukları veya iddiayı nasıl çürütecekleri konusunda herhangi bir bil-

Decision-Making\_Systems\_Nature\_Scope\_and\_Limitations (10.02.2024).

86 <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592> (E.T. 10.03.2024). Söz konusu Yönerge, ekosistemin sürdürülebilirliğe ilişkin kararları, geri döndürülebilir ve kısa süreli etkilere yol açan; tersine çevrilmesi zor ve süreklilik arz eden etkilere yol açan veya kalıcı etkilere sebebiyet veren etkiler bağlamında derecelendirmiştir.

dirimde bulunulmaksızın yalnızca MİDAS tarafından ve herhangi bir müdahale gerçekleştirilmeksizin Ekim 2013'ten Ağustos 2015'e kadar bu şekilde dolandırıcılık tespitleri yapılmıştır. MiDAS, hileli davranışlarda bulunduğu tespit edilen kişilerin işsizlik yardımlarını sonlandırmış ve otomatik olarak eyalet yasaları kapsamında izin verilen azami cezaları uygulamıştır. İşsizlik Sigortası Kurumu, otomatik olarak bireylere dolandırıcılık tespitini bildiren ve ilk para cezalarının ödenmemesi halinde uygulanacak ikincil cezaları belirten mektuplar göndermiştir. Bu mektuplarda dolandırıcılık tespitinin dayanakları belirtilmemiştir. Michigan Genel Denetçisi MiDAS'ın 22.000 dolandırıcılık tespitini incelemiş ve işlemlerin yüzde 93'ünde yanlış pozitif oran olduğunu ifade etmiştir. Michigan 6. Daire Temyiz Mahkemesi kararı bozarak yapay zekâ sisteminin davaya konu işleme ilişkin yeterli bildirim ve dinlenilme fırsatı sağlamaması nedeniyle usuli adaletin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>87</sup>

Bir başka örnekte ise *Houston Fed'n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168 (S.D. Tex. 2017) davasında, Houston Bağımsız Okul Bölgesi (HISD) SAS'ın EVAAS yazılımını kullanarak eyalet çapındaki diğer öğretmenlere kıyasla öğrencilerinin notlarındaki iyileşmelerden elde edilen öğretmen etkinliği puanlarını oluşturmuştur. HISD daha sonra bu puanları, düşük puan alan öğretmenlerin işine son vermek için bir temel olarak kullanmıştır. Houston Öğretmenler Federasyonu (HFT) HISD tarafından yapılan işlemlerin iptali için dava açmıştır. HISD iddiaların reddini talep etmiştir. Mahkeme ise bu davada da temel zorluğun, bir yandan özel ticari işletmeler tarafından geliştirilen tescilli algoritmaları çevreleyen anlaşılabilir gizlilik ile diğer yandan yaşam, özgürlük veya mülkiyet haklarının ihlaline ilişkin endişeler arasında kurulacak dengeler olduğunu belirtmiştir. Kararda EVAAS adlı yapay zekâ sisteminin gerçekleştirdiği puanlamanın bağımsız olarak doğrulanamadığı vurgulanmıştır. Bu sebeple sözleşmesi feshedilen öğretmenlerin, hatalı bir puanlama gerçekleşti ise bu hatayı ve puanlamanın gerekçesini tespit edemeyecekleri ve itiraz edemeyecekleri belirtilmiştir. Mahkeme, tüm bu gerekçelerle kodlama

87 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fd86e808-9237-42ef-b532-c72ddceee630> (E.T. 07.03.2024) Yazar devamla Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkûmların şartlı tahliye gibi belirli haklardan faydalanması için yapılan başvuruları değerlendirmek üzere de yapay zekâ sistemi COMPAS'tan'dan istifade edildiğini belirtmiştir. Üretken bir yapay zekâ ürünü olmasa da COMPAS, veri setlerinde bulunan nüfus verilerine dayanarak her kategori için bir risk puanı oluşturmak üzere hem nitel hem de nicel faktörleri kullanarak algoritmik tahminler uygulamaktadır. COMPAS'ın tahminlerini yaparken şu hususları inceler: Yargılama öncesi risk (mevcut suçlamalar, bekleyen suçlamalar, önceki tutuklama geçmişi, önceki yargılama öncesi başarısızlık, ikamet istikrarı, istihdam durumu, toplum bağları ve madde bağımlılığı), genel yeniden suç işleme ihtimali (önceki suç geçmişi, suç ortakları, uyuşturucu kullanımı, satışı ve çocuk suçluluğu sorunlarının erken göstergeleri), şiddet suçu tekrarı: şiddet geçmişi, uyumsuzluk geçmişi, mesleki/egitim sorunları, kişinin cezaevine girme yaşı ve kişinin ilk tutuklanma yaşı.

hataları riski gözetilerek idarenin talebini usuli adalet ilkesine aykırılık yönünden reddetmiştir.<sup>88</sup>

Bu noktada yapay zekâ kolluk uygulama denemelerinin varlığından da söz etmek gerekecektir. Özellikle Amerika Bileşik Devletleri ve İngiltere’de sanal kolluk veya yapay zekâ kolluk uygulamaları devreye alınmaya başlanmıştır. Birçok polis departmanı, şüpheli kişi ve yerlerin tahmin ve tespit edilmesine yardımcı olmak için yapay zekâyı kullanmaktadır. Artan hesaplama gücü ve veri okyanusları, şiddet ve tehditler hakkında çıkarımlar yapılmasına yol açmıştır. Her ne kadar kamuoyunun ilgisi yüz tanıma ya da tahmine dayalı polisliğe dönük ise de esasen yapay zekânın mevcut durumda en büyük faydası zaman alıcı ve yoğun kaynak gerektiren veri eşleştirme veya soruşturma işlevlerini otomatik hale getirmesidir.<sup>89</sup> Yapay zekâ yetenekleri polis tarafından terörizm, çocuk istismarı, insan ve organ ticareti veya organize suçlar gibi ciddi suçlarla mücadele, siber saldırılar gibi hususlar bağlamında kullanılmakta kanıt değerlendirme, yer tespiti, olası saldırı hazırlıklarına ilişkin önlemler konusunda fayda sağlamaktadır.<sup>90</sup> Elbette söz konusu uygulama bir dizi endişeyi de beraberinde getirmiştir.<sup>91</sup>

Esasen otomatik karar alma sistemlerine yönelik kişinin kendisi hakkında bir makine tarafından karar verildiğini bilme hakkının bulunup bulunmadığı, bilme hakkı varsa bunu reddedip edemeyeceğine ilişkin tartışmalar mevcuttur. Ayrıca

88 <https://casetext.com/case/hous-fedn-of-teachers-v-hous-indep-sch-dist> (E.T. 02.02.2024).

89 Alexander Babuta/ Marion Oswald, Data Analytics and Algorithms in Policing in England and Wales Towards a New Policy Framework, Royal United Services Institute Occasional Paper, Stephen Austin and Sons Ltd, UK February 2020: 5.

90 Yasmine Ezzeddine/Petra Saskia Bayerl/Helen Gibson (2023), “Safety, privacy, or both: evaluating citizens’ perspectives around artificial intelligence use by police forces”, Policing and Society, 33, (7): 862.

91 Bu endişeler şu şekilde sınıflandırılabilir: 1. Önyargı ve Ayrımcılık: Yapay zeka algoritmalarının eğitiminde kullanılan verilerdeki önyargılar, polis uygulamalarında da yansiyabilir. Bu durum, belli etnik gruplara, cinsiyetlere veya sosyo-ekonomik sınıflara karşı ayrımcılığa neden olabilir.

2. Gizlilik ve Veri Güvenliği Endişeleri: Polis teşkilatlarının geniş veri tabanlarına erişimi olan yapay zeka uygulamaları, kişisel gizlilik haklarını ihlal edebilir. Ayrıca, bu verilerin kötüye kullanıma riski de bulunmaktadır.

3. İfade ve Hareket Özgürlüğünün Kısıtlanması: Yapay zeka tabanlı polis uygulamaları, kişilerin ifade ve hareket özgürlüğünü kısıtlayabilir. Örneğin, protestoları izleme veya kişilerin sosyal medya aktivitelerini izleme gibi durumlar, bu eleştirilerin kaynağı olabilir.

4. Doğruluk ve Güvenilirlik Sorunları: Yapay zeka algoritmalarının hatalı veya yanıltıcı sonuçlar üretebilme riski bulunmaktadır. Bu da masum kişilerin haksız yere hedef alınmasına veya suçluların kaçmasına neden olabilir.

5. Hukuki ve Etik Normlarla İlgili Belirsizlikler: Yapay zeka uygulamalarının polis teşkilatlarında kullanımıyla ilgili hukuki ve etik normlar henüz net değildir. Bu durum, yapılan uygulamaların meşruiyetini sorgulamaya yol açabilir.

6. Toplumsal Kabul ve Güven Sorunları: Yapay zeka tabanlı polis uygulamaları, halk arasında güvensizlik ve endişe yaratabilir. Bu da polis-teşkilatı ve toplum arasındaki ilişkileri olumsuz etkileyebilir (daha fazla bilgi için bkz. Elizabeth E. Joh, “Artificial Intelligence and Policing: First Questions,” Seattle University Law Review 41, no. 4 (Summer 2018): 1139-1144.).

otomatik süreçlerde karar alma aşamalarında etik müzakere alanının kısıtlandığı, şeffaflık, açıklana bilirlik ve itiraz yöntemlerinin netleştirilmesi gerekeceği eleştirileri mevcuttur.<sup>92</sup> Ancak özünde işbu eleştirileri bertaraf etmek için bulunan çözümlerin insan müdahalesinin talep edilmesi (makine tarafından işlem yapılmasının reddedilebilmesi) ve itiraz yöntemlerinin işletilebilmesi biçiminde nihai kararın yine bir insana bırakılması şeklinde tasarlanması dikkat çekicidir. Öte yandan yine otomatik karar alma süreçlerine ilişkin duyulan en büyük endişeler çevrimiçi kişisel verilerin güvenliği, istenilenden daha fazla bilgiye ulaşılması ve bunların sonrasında da paydaş ya da 3. kişilerce kullanılması riski, adil karar verilemeyeceği yahut yapay zekânın insan üzerinde egemen olabileceğine dairdir. Şu hâlde bu risklerin azaltılması otomatik karar verme süreçlerine güveni artıracaktır.<sup>93</sup>

Öte yandan aktarılan olumsuz örnek ve endişeler yapay zekâli sistemlerin açıklarına işaret etmekle beraber otomatik sistemler elektronik olarak mevcut olan bilgileri kullanarak sık ve hızlı bir şekilde alınması gereken kararlar için kullanılmaya ve olumlu neticeler vermeye devam etmektedir. Otomatik karar sistemleri, iyi anlaşılmuş karar faktörleri ile nispeten yüksek düzeyde yapılandırılmıştır. Karar kuralları uzmanlar tarafından kolayca kodlanabiliyorsa ve yüksek kaliteli veriler mevcutsa, kararın otomatikleştirilebilme ihtimali yüksektir. Hız çok önemliyse, bazı kısa sürede alınan kararlar otomatikleştirilebilir. Örneğin, bir arıza durumunda elektrik enerjisi şebekesinde, sistem çapında kesintileri önlemek için doğru kararların anında alınması gerekir. Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı bölgeleri, 2003 yazında şebeke çöktüğünde otomatik karar sistemleri gücü hızla kestiği için elektrik kesintilerini önlemiştir.<sup>94</sup>

Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde bir dizi eyalette, algoritmik araçlar artıktık ceza adaleti sistemi genelinde, bireyler hakkındaki kararlar veya yargılarla ilgili olarak insan karar verme sürecini desteklemek için kullanılmaktadır. Bu tür araçlardan biri Chicago'da silahlı şiddet olaylarına karışması muhtemel kişileri tahmin etmek için kullanılmaya başlanmıştır. Northpointe adlı bir şirket tarafından geliştirilen yazılım, yeniden suç işleme riskini değerlendirmek ve böylece şartlı tahliye ve ceza kararlarını değerlendirmek için kullanılmaktadır. Algorit-

92 Nitekim bu konuda AB GDPR düzenlemesi (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753>) ile Kanada Otomatik Karar Verme Yönergesi bu hususlara değinmiştir. Yine konuya ilişkin etik çalışmalarda da bu hususlara yer verilmiştir.

93 Fransa, büyümesini teşvik etmek için büyük yatırımlar yaparak yapay zekâ alanında dünya lideri olma yarışında rekabete dahil olmuştur. Fransa için yapay zekâ politikasını formüle etmek üzere Cédric Villani başkanlığında bir komisyon kurulmuş ve Villani, Fransa'nın 1978'den beri tamamen otomatik kararlara karşı koruma yasasına sahip olduğuna dikkat çekmiştir (bkz. Goyal, Annanay, "Regulating Artificial Intelligence: An Indian Standpoint", *Supremo Amicus*, 18, 2020: 126).

94 Harris, Jeanne & Davenport, Thomas: 4.



mik risk değerlendirme araçları şartlı tahliye dışında kefalet duruşmaları ve ceza yargılamalarına da yayılmıştır.<sup>95</sup> Bu durum pek çok alanda hissedilir derecede faydalı olan yapay zekânın daha çok alanda ve daha yoğun kullanılacağı bir göstergesidir.

İdarenin eylem ve işlemleri bakımından sorumluluk güncel anlamda değerlendirildiğinde ise somut olay bakımından yükümlendirilebilecek olanlar şu şekilde sıralanabilir: Karar alma aşamalarına idare personeli tarafından müdahale edilmekte ise ilgili idare veya kusur derecesine göre ilgili personel sorumlu tutulabilecektir. Eğer üretim ve programlama segmentlerinde yapılan bir hata var ise üretim, yazılım, programlama, donanım safhalarında görev alan kişi ya da firmalar sorumlu addedilebilecektir. Öte yandan 3. kişiler tarafından müdahale edilmesi (örneğin siber saldırı) suretiyle oluşturulan bir zarar söz konusu ise bahse konu 3. kişilerin sorumluluğu, yeterli tedbir alınmamış ise hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğu ve en nihayetinde risk sorumluluğu bağlamında idarenin sorumluluğunun doğması olasıdır. Mevcut durumda kullanılan otomatik karar verici sistemler açısından da nihai karar verici, denetleyici veya itiraz makamı olarak insan müdahalesi olduğu göz önüne alınırsa sorumluluğun hizmet kusuru bağlamında inceleneceği söylenebilir. Yine karar verme mekanizması mevcut durumda tümüyle yapay zekâyâ bırakılsa dahi idare adına faaliyet gösterdiği için kusursuz sorumluluk bağlamında değerlendirme yapılabilmesi de olası görünmektedir. Ancak yapay zekâyâ kişilik tanınıp tanınmayacağı ve kişilik tanınırsa idareyle ilgisi hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

### C. Yapay Zekâ ve Kişilik

Yapay zekânın her alanda yaygın biçimde kullanılmaya başlanması yapay zekânın hak ve borçlara ehil olup olamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Özellikle yapay zekâ destekli ve fiziki bir görünüme sahip robotların imal edilmesi ile yapay zekânın doğrudan insan hayatının bir paydaşı olması ihtimali dillendirilmeye başlanmıştır. Nitekim bir sohbet robotu ya da yapay zekâ destekli asistan hizmetlerinin yaptığı hatalardan kimin sorumlu olması gerektiği tartışılmaya başlanan konulardandır. Zira deneysel çalışmalarda müşteri temsilciliği yapan bir sohbet robotunun ahlaka ve adaba mugayir kelimeler kullandığı ve firmasını kötülediği için devre dışı bırakıldığı haberleri yayılmıştır.<sup>96</sup> Öte yandan

95 Marion Oswald, Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'experimental' proportionality. *Information & communications technology law*, 27 (2): 224 vd.

96 Emre Ömer Zehir, "Kargo Şirketinin Yapay Zekâ Sohbet Botu Müşteriye Küfretti" (22.01.2024). <https://www.webtekno.com/kargo-sirketinin-yapay-zek-sohbet-botu-musteriye-kufretti-h140299.html>, (E.T. 02.03.2024).

bir başka sohbet robotunun ise tekrarlayan kelimeleri kullanıcılar tarafından hata zannedilse de yapay zekânın gizli ve yeni bir dil oluşturmak için bu tekrarları kullandığı ve insanları yanıltabilme kabiliyeti olduğu anlaşılmıştır.<sup>97</sup> Ayrıca kelimeleri görsel olarak ifade eden bir yapay zekânın ise herhangi bir dilde karşılığı olmayan kelimeler üreterek gizli bir dil oluşturduğu belirtilmektedir.<sup>98</sup> Tüm bunlar yapay zekânın her zaman kontrol edilebilir olmadığına bir göstergesidir. Bu durum ise ortaya çıkabilecek zararlara ilişkin sorular doğurmaktadır. Örneğin yapay zekâ asistanlarının kişisel verilere erişebilmesi nedeniyle bu verileri amacının dışında kullanılması halinde özellikle hangi bilgilerin rıza dışı olduğunun tespiti veya bu bilgilerin yayılmasına ilişkin iznin ispatı oldukça zordur. Yine artık pek çok firmanın müşteri talep ve şikâyetlerini yönetmek amacıyla kullandığı sohbet robotunun amacının dışına çıkması ve takip etmesi gereken prosedürü aşarak muhataplarına zarar vermesi halinde sorumluluğun doğup doğmayacağı değerlendirilmelidir. Elbette günümüzde bu soruların yanıtı ihlale ilişkin önlem almayan ilgili firma olarak belirlenebilecektir. Zira güncel olarak yapay zekâ kontrol edilebilir, denetlenebilir veya en nihayetinde müdahale edilebilir görülmektedir. Buna rağmen yapay zekâyâ ilişkin her soru bu kadar açık bir yanıtla sahip değildir. Örneğin günümüzde hukuki anlamda tartışılan en büyük sorunlardan bir tanesi yapay zekâ tarafından oluşturulan eserlerde telif hakkının kimde olması gerektiğine ilişkindir. Nitekim yapay zekânın müzik, resim, şiir vb. eserler yaratmaya başlamasıyla telif hakkı tanınmasına ilişkin sorun gündeme gelmeye başlamıştır. Elbette yapay zekânın kendi başına mı yoksa bir insan tarafından beslenen veriler üzerinde mi çalıştığını analiz etme imkânı varsa buna göre bir değerlendirme yapılabilir. Ancak her halükârda eserin sahibi yapay zekâ mı, yazılım sahibi ya da üretici mi tartışmaları devam etmektedir. Aslında bilgisayarlar oldukça uzun bir süredir var olmalarına rağmen, ilk geliştirildiklerinde hiç kimse telif hakkı düzenlemelerine tabi olacaklarını hayal etmemişti.<sup>99</sup> Bunun nedeni, bir görevi yerine getirmeden önce bilgisayara talimatları bir insanın vermesiydi. Bilgisayara sadece tek bir işlevi yerine getirebileceği talimatını verenler insanlardı. O zaman-

97 Erdoğlan, Gökhan. "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış". Adalet Dergisi, Sayı: 66, 2021: 119.

98 Çağla Üren, "Yapay zekâ kendi gizli dilini yarattı", (06.06.2022). <https://www.indytrk.com/node/518661/bi%C2%B7li%C2%B7m/yapay-zeka-kendi-gizli-dilini-yaratt%C4%B1>.

99 Öte yandan makineler vasıtasıyla üretilen eserlerin sahipliği konusu yeni incelenen bir konu değildir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin, öncekilere kıyasla daha az insan gözetimiyle çalışabilen yeni bir yaratıcı teknolojinin çıktılarının fikri mülkiyet yasalarının gerektirdiği ölçüde eser sahipliğini ortaya koyup koyamayacağını ilk kez değerlendirmesinin üzerinden bir asırdan fazla zaman geçmiştir. Bu davaya konu teknoloji fotoğrafı. Mahkemeler 1980'lerin başında video oyunları için de aynı soruları sordular ve fikri mülkiyet akademisyenleri en az otuz yıldır bir bilgisayar programının eser sahibi olup olamayacağı konusunda kafa yormaktadır (Benjamin L. W. Sobel, "Artificial Intelligence's Fair Use Crisis", Columbia Journal of Law & The Arts 41(1), 2017: 47.

lar insanlar bilgisayarları bir insan operatörün müdahalesini gerektiren araçlar olarak görüyorlardı.<sup>100</sup> Gelinek noktada yapay zekâ tarafından üretilen bir eserin telif hakları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinde, yapay zekânın sahip olduğu programlama ve parametrelerin özgün bir eser oluşturmak için yeterli beceriye sahip olması muhtemeldir. Bu durumda yapay zekâ, örneğin bir yazılı eserin orijinal üreticisi ise, birkaç ihtimal söz konusudur. İlk ihtimalde ortada bir yazar olmadığı kabul edilecektir. İkinci ihtimalde ise yapay zekânın eserin üretimi aşamasında insandan destek aldığı aşamalar var ise eserin yapay zekâ yardımıyla yapıldığı kabul edilecektir. Böylece yapay zekâ yardımıyla eseri yapan kişi, eserin sahibi olduğunu iddia edebilir. Ancak, üçüncü ihtimal eserin insanlardan herhangi bir yardım almadan tamamen yapay zekâ tarafından üretilmesi durumudur.<sup>101</sup> Dünyanın dört bir yanındaki kanun koyucular için söz konusu eserin sahipliği ve sorumlusunu belirlemek güçtür.<sup>102</sup> Bu durumda kanun koyucu, ya yapay zekâyı bir yazar olarak kabul ederek yapay zekâyı kişilik tanımak, ya yapay zekâ tarafından üretilen eserin bir sahibi olmadığını ve eserin “kamu malı” olduğunu kabul etmek durumunda kalabilecektir.<sup>103</sup> Bu tür eserleri korumak için telif hakkı yasası yerine sui generis mevzuatın kullanılması önerilmektedir.<sup>104</sup> Bir eser sahibinin telif haklarının korunması, eser sahibinin bilgi, çaba ve muhakemesini kullanmasını gerektirerek onu daha yaratıcı eserler üretmeye motive eder. Yapay zekâ eser sahibi olarak kabul edilir ve eserleri insanlar tarafından yaratılanlarla aynı derecede yasal korumaya tabi tutulursa “insan yaratıcılığı”

100 Philip, Anna, Biju & Colleen, & Philip, Anu, “Understanding the Necessity of Rebooting Copyright Law in Context of the Advancement of Artificial Intelligence”, *Nyaayshastra Law Review*, vol. 3, no. 2, 2023: 4.

101 Petar Hristov Manolakev, “Works Generated by AI - How Artificial Intelligence Challenges Our Perceptions of Authorship”, *Tilburg Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*, Tilburg, 2017: 29 vd.

102 Avrupa Patent Ofisi (EPO), 2020 yılında YZ ile ilgili keşifler hakkında iki önemli karar vermiştir. Bunlardan ilki patentebilirlik gereklilikleriyle ilgiliyken, ikincisi YZ sistemlerinin yasa kapsamında mucit olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Avrupa Patent Ofisi ilk etapta, kalp debisini hesaplamak için yapay sinir ağının kullanılmasına yönelik koruma talep eden bir cihaza, buluşun Avrupa Patent Sözleşmesi'nin (“EPC”)3 83. Maddesinde belirtilen açıklama kriterlerini karşılamadığı gerekçesi ile patent vermemiştir. İkinci davada EPO, bir yapay zekâ sisteminin patent başvurusunda buluş sahibi olarak listelenemeyeceğine karar vermiştir (Anna Philip/ Colleen Biju/ Anu Philip: 10-12).

103 Bu fikir kamusal mal niteliğinde olan eserlerin değerli bir ilham havuzu görevi görmeleri ve yaratıcı bireylerce telif hakkı ihlallerinden korkmadan kullanabilir olmalarını sebebiyle ortaya atılmıştır. Yine bu görüşe yazarlığın insana verilmesi telif haklarının kendileri tarafından yaratılmamış eserlerin hak sahipliğini elde etmeleri anlamını taşır. Ayrıca yapay zekânın sınırsız eser yaratma potansiyeli göz önüne alındığında, hızlı ve yapay zekâ tarafından oluşturulan eserler haksız rekabete neden olabilir. Başka çalışmalardan istifade etmişlerse bunun ortaya çıkması her zaman mümkün olmayabilir veya yasal koruma süresi içinde ortaya çıkmama ihtimali mevcuttur. Bu ise insanların üreticiliğini engelleyebilir (Manolakev: 41).

104 Esra Karataş/Uğur Karaca, “Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1 (Haziran 2022): 45.

ve “makine yaratıcılığı” terimleri aynı anlama gelecektir.<sup>105</sup> Ancak ürettiği işin kontrolünü yapay zekâya vermek pratik bir çözüm gibi görünse de arka planda çok sayıda komplikasyona yol açabilir. Yapay zekâ, kötü niyetli ve aldatıcı bir dil kullanma potansiyeline sahiptir; bu da hakaret veya müstehcenlikle yasa dışı sayılan hususların eserde kullanılmasına sebebiyet verebilir. Gizli bilgilerin ifşası yahut kitlesel etkisi olabilecek dini, milli, insani değerlere saldıran ifadelerin kullanılması, hatalı bilgi verme, iftira yahut kişi onurunu zedeleyecek ibareler kullanma olasılığı mevcuttur. Hâlihazır hukuk sistemlerinde yapay zekâya kişi statüsü verilmediği göz önüne alındığında, yasal ve cezai sorumluluğun kapsamını belirlemek zor olacaktır.<sup>106</sup> Bu tür çalışmaların ortadan kaldırılması, ilgili yapay zekânın çalışmasının durdurulması ya da en kötü senaryoda yapay zekâ yazılımının yasadışı sayılması gibi sonuçlar telaffuz edilmektedir. Ancak her halükârda ilgili tedbirler hayata geçinceye kadar gecikilmesi ve kalıcı zararların doğması da mümkündür. Endişe yaratan bir diğer husus da yapay zekânın telif haklarını ihlal ederek eser üretme ihtimalidir ki bu durumda sorumluluğun nasıl belirleneceği sorusu da zorlayıcıdır. Ayrıca yapay zekâ bir eserin yaratıcısı olarak kabul edilirse, yapay zekânın eserin mülkiyetini başka bir tarafa devredip devredemeyeceği başka bir tartışma konusudur. Bu ise yapay zekânın sözleşme imzalayabilmesi yahut davalarda taraf olması anlamına gelecektir.<sup>107</sup> Yapay zekâya kişilik tanınmasına ilişkin bu teorik tartışmalar ise konuya yeni bir boyut getirmektedir. Zira artık yapay zekâya (örneğin Sophia gibi bir robota) vatandaşlık verilmesi halinde hak, yetki ve borçlara ehil olup olmayacağı, mülk satın almasına izin verilip verilmeyeceği, yapay zekânın insansız sürüşünde insan müdahalesinin tümüyle kalkmasının mümkün olup olmadığı, bir suç işlerse cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ve cezalandırılırsa nasıl bir ceza verileceği,<sup>108</sup> tüm bu sonuçları gözetebilecek yasal

105Anna Philip; Colleen Biju; Anu Philip: 21.

106Doktrinde yapay zekâ robotlara hukuki statü tanınmasına karşı çıkan yaklaşıma göre yetenekleri artsa da yapay zekâlar insan üretimi varlıklardır. Bu yüzden müstakil bir kişiliklerinin olması düşünülemez. Bu görüş de kendi içinde temelde iki farklı gruba ayrılmaktadır. Bir gruba göre yapay zekâ robotlar insan tarafından üretilip sahiplenilen eşyalardır. Her ne kadar özerk birtakım aktiviteler yapabile ve insan zekâsından çok daha hızlı analizde bulunabilme becerisi gösterebilir de yapay zekâ sistemleri bir bilince sahip değildir. Robotik yapay zekâya hukuki kişilik verilmesine karşı çıkan diğer bir yaklaşım ise Roma Hukuku'ndan esinlenerek robotlara kölelik statüsü verilmesi görüşünü benimsemektedir. Robotik yapay zekâların hukuki statüsüyle ilgili diğer yaklaşım, insanlık için tehdit oluşturmadığı sürece otonom karar alabilecek düzeyde olan yapay zekâlara kişilik tanınması görüşünü benimsemektedir. Bu görüş taraftarlarıncı genel olarak tüzel ve elektronik olmak üzere iki tür kişilik formu üzerinde durulmuştur (Ülfet Görgülü/ Sena Kesgin, “Yapay Zekâ Robotlara Ahlâki ve Hukuki Statü Tanınması Problematikliği -İslam Ahlâki ve Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”. Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 20 (2021): 43, 44).

107Anna Philip/ Colleen Biju/ Anu Philip: 5, 6.

108Nitekim sürücüsüz bir otomobilin, Uber'in, 2018 yılı Mart ayında Arizona Eyaletindeki 49 yaşındaki kadına çarparak ölümüne neden olduğu kazada cezai sorumluluğun ne şekilde belirleneceği

altyapısının nasıl oluşturulabileceği, yapay zekânın verdiği bir zarardan üretici, mal sahibi ya da yapay zekânın sorumluluğunun nasıl belirleneceği gibi hususlar incelenmeye başlanmıştır.<sup>109</sup>

Bir yapay zekânın üretilmesindeki amaç, kendisine verilenlerden yola çıkarak öğrenme becerisi kazanması, öğrenerek aldıklarını tahlil ederek ortaya çıkardığı yeni verileri değerlendirmesi ve yaptığı değerlendirme sonucuna göre bir karar verebilmesidir. Buna ilaveten mekanik bedene sahip robot bir yapay zekâdan beklenen ise, bir karar verdiğinde hareket edebilme yeteneği sayesinde bu kararın etkisini dış dünyada eyleme dönüştürebilmesidir.<sup>110</sup>

İzah edildiği üzere yapay zekânın algoritmik yapısına uygun şekilde verileri işleyerek insan müdahalesi olmaksızın kararlar verebildiği görülmektedir. Ancak insanın yapay zekâdan farkı, duygulara, sezgilere ve karmaşık bir düşünce yapısına sahip olmasıdır. İlerleyen aşamalarda duyguları taklit edebilen ve düşünce yapısını sınırlı da olsa öğrenebilen yapay zekânın üretilmesi halinde en azından belirli etik değerlere uygun hareket edip edemeyeceği ve bu değerlerin kodlanıp kodlanamayacağı önem taşımaktadır. Nitekim tasarım 'değerlere duyarlı' olabilirse, mühendislerin yapay zekâ tasarlarken yapacakları tercihler, yapay zekânın içine yerleştirilecek değer türleri üzerinde normatif ve ahlaki bir düşünme gerektirecektir. Normlar ve makineler arasındaki uçurum, yapay zekânın yüksek düzeyde düzenlenmiş normatif bağlamlarda işlev gördükleri gerçeğini göz önünde bulundurduğumuzda daha da daralmaktadır. Dolayısıyla, etik bir yapılanmada yapay zekânın bazı değerlere uygun davranış sergileyerek, bu değerleri gözetken kuralları yürürlüğe koyması ve uyumu teşvik ederek hareket etmesi beklenecektir. Dahası yapay zekânın topluma aykırı değerleri ayırarak ahlaki seçimler yapması ve mevcut normatif yapıya uyması, saygı göstermesi de gerekecektir. Başka bir deyişle insanların bulunduğu ortamlarda faaliyet gösteren yapay zekâ sosyal ve yasal normlara uymak zorunda kalacaktır.<sup>111</sup> Bu durum özellikle yapay zekâlı robotların sosyal hayata girmesi ile daha da önem kazanabilecektir. Ancak mevcut robotların öğrenme yeteneklerinin sınırlı olduğu göz önüne alındığında, bu normların sistem içinde tasarlanması gerekecektir. Normlara uyum genellikle

---

gündeme gelmiştir. Aile Uber Şirketi ile anlaşmış ancak olay anında telefonu ile ilgilenen ve işbu insansız sürüş denemesi esnasında otomatik pilota ilerlerken güvenlik sürücüsü olarak araçta bulunan şoför telefonu ile ilgilenerek kazayı önlemediği gerekçesi ile tehlikeye atma suçu nedeniyle cezalandırılarak üç yıl denetimli serbestlik cezasına çarptırılmıştır ([https://en.wikipedia.org/wiki/Death\\_of\\_Elaine\\_Herzberg](https://en.wikipedia.org/wiki/Death_of_Elaine_Herzberg) E.T. 11.03.2024).

109 Sagdeo, Parth Lalit, "Blending Machine Intelligence with Natural Intelligence: Artificial Intelligence and Law", *International Journal of Law Management & Humanities*, 3, 2020: 1220, 1221.

110 Erdoğan, Gökhan: 125, 126.

111 Leenes, Ronald & Federica Lucivero, "Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design", *Law, Innovation and Technology*, vol. 6, no. 2, December 2014: 195.

somut (amaçlanan) davranışların nispeten soyut normlarla eşleştirilmesini gerektirir. Örneğin, hırsızlığı cezalandıran cezai hükümler genellikle çalınabilecek somut nesnelere bahsetmez. Norm bunun yerine sahibinin rızası olmaksızın bir mala el koymayı suç olarak nitelendirecektir. Dolayısıyla somut fiilin soyut normun içerdiği tanımla eşleştirilmesi halinde bir suçun oluştuğu kabul edilecektir. Ne var ki normların anlamı ve olguların hukuki nitelendirilmesine ilişkin anlaşmazlıklar, kuraldan ziyade bu kuralın istisnalarıyla birlikte değerlendirilmesi esnasında yaşanmaktadır. Bu noktada bir uyumsuzluk esnasında insanlar, gerek empati yetisi gerek yaşam tecrübesi sayesinde, nispeten soyut olan bu yasal ve sosyal normlara uygun çözüme ulaşabilmektedir. Öte yandan bilgisayarlar, günümüzde zamanlarının çoğunu sayılarla uğraşmak yerine veri ve bilgileri işleyerek geçirmelerine rağmen hukuk normlarıyla başa çıkmakta zorlanmaktadır.<sup>112</sup>

Öte yandan, bir yapay zekânın hak ve borçlara ehil olması, yapay zekâyâ sorumluluk yüklenmesi esasen yapay zekânın irade sahibi olmasına bağlıdır. Yapay zekâ ancak öz farkındalığa erişirse, kişilik konusunun ortaya atılabileceği açıktır. Yapay zekânın ister az ya da çok ister kendiliğinden yahut bilimsel araştırmalar sonucunda bir bilinç edinmesi hali birkaç açıdan incelenmelidir. Her şeyden önce bir insanın bilincini dahi kanıtlamak zorken, bir makinede bunun varlığını nasıl tespit edilecektir? Dahası, bir makinenin bilinçli bir varlık olabileceğini kabul etmek, insanlığı bir robotun temel haklarına saygı göstermek zorunda bırakacaktır. Robot hakları neleri içermelidir? Özellikle robotlar bir gün bilinçli varlıklar haline gelirse ve dolayısıyla daha güçlü, daha hızlı, daha zeki, daha mükemmel ve neredeyse ölümsüz hale gelirse, insanlık mevcut haliyle çökmeye ve hatta belki de doğal seleksiyon yoluyla en güçlülerin hayatta kalmasıyla daha zayıf varlıkların yok olmasına mahkûm olacaktır. Bu sebeple böylesi bir halin denetim altında tutulmaya çalışılması gerekmektedir.<sup>113</sup> Ancak bilinçlenen robotların varlığı halinde böylesi bir denetim kim tarafından nasıl gerçekleştirilebilecektir?

Bir diğer tartışma yapay zekâyâ kişilik tanınması halinde yapay zekânın hangi statüye tâbi olacağına ilişkindir. Tartışmalar yapay zekânın üreticiye ya da kullanıcıya ait olması ama korunması gerekeceği için hayvan haklarına benzer şekilde haklar tanınması, robotlara tüzel kişilik tanınması, insanlar gibi tam hak ve ehliyete malik sayılması gibi mecralarda dönmektedir.<sup>114</sup> Kanaatimizce her ne kadar günümüzde yapay zekâ obje olarak nitelendirilmekte ise de doktrinde var

112 Leenes, Ronald & Federica Lucivero: 195, 196.

113 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL\\_STU\(2016\)571379\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf).

114 Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, sy. 35 (Temmuz 2018): 217 vd..

olan tartışmaları noktalayacak ve yapay zekânın eşya yahut hayvandan farklı bir yapıda olduğunu gözetecek yeni düzenlemeler yapma ihtiyacı mevcuttur. Öte yandan yapay zekânın kişiliğinin tanınıp tanınmayacağı da netleştirilmelidir. Zira yapay zekânın işlevi, oluşturabileceği zarar, yapay zekâyâ verilen zarar ve etkileri çerçevesinde düşünüldüğünde ne bir canlı olan hayvan ne de sıradan bir eşya gibi değerlendirilmesi mümkün değildir. Yine yapay zekâyâ tüzel kişilik tanınması da tüzel kişinin perde arkasında onu temsil eden bir insana bağlı olarak yasal alanda hareket etmesi sebebiyle tezat oluşturmaktadır.<sup>115</sup> Nihayetinde, tüzel kişiye hukuki hayat veren ve onsuz tüzel kişinin sadece boş bir kabuktan ibaret olduğu gerçek bir kişidir. Durum böyleyken, yapay zekânın arkasında bir kişi olduğunu düşünürsek, o zaman bu kişi elektronik kişiyi temsil edecek ve yapay zekâyâ verilen tüzel kişilik kurgusal bir entelektüel yapıdan ibaret olacaktır. Bahse konu düşünce sadece yapay zekâyâ hak ve yetkiler tanımak için getirilmiştir. Ancak istenilen sonuçlara erişilmesi zorlayıcı görülmektedir. Yine yapay zekâyâ insanlara özgü hakların tanınması ise eşit bilinç seviyesine erişmedikçe mümkün görünmemektedir. Bu sebeple yapay zekânın oluşturduğu riskler, amaçları, faydaları ve geleceği çok yönlü biçimde değerlendirilerek düzenlemeye tâbi tutulması daha doğru olacaktır. Bu noktada elektronik kişilik kavramının detaylı biçimde değerlendirilmek; sınırları, hak ve borçları netleştirilmek suretiyle kabul edilebilecek bir görüş olduğu kanısındayız.<sup>116</sup> Zira yapay zekâyâ kişilik tanınırken

115 Yapay zekâ hem hayvanlardan hem de tüzel kişilerden tamamen farklıdır. Hayvanlar gibi canlı değildir, ancak şirketler gibi sadece bir kurgu da değildir. Yine de (en azından ilk yaratılışından sonra) bağımsız olarak ve insanların müdahalesi olmadan var olduğu düşünülebilir ve akıl yürütebilir, bu da onu hem ilk açıdan tüzel kişilerden hem de ikinci açıdan hayvanlardan ayırır. Nihayetinde, YZ'nin gelecekte bir vicdan biçimi geliştirip geliştiremeyeceği ve hatta insan faillerle eşit düzeyde suçlanmasına izin verebilecek etik ve muhakeme kapasitesi geliştirip geliştiremeyeceği açık bir sorudur - tüzel kişiler veya hayvanlar için durum böyle değildir. Ancak hem anlayışımız hem de suçlamanın pratikliği, insan deneyimine dayanan öz farkındalık ve bilinçli kararlarla ilişkili olduğu sürece, YZ ajanları buna katılamaz. Aynı nokta cezalandırma için de söylenebilir. YZ ajanları için insanlar için olanlara kabaca "eşdeğer" cezalar tasarlayabilsek bile, bu eşdeğer cezaların insanlar üzerinde yarattığı etkiyle eşdeğer etki yaratabileceği tartışmalıdır (Dafni Lima, "Could AI Agents be Held Criminally Liable: Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law," *South Carolina Law Review* 69, no. 3 (Spring 2018): 688).

116 Konuya ilişkin bir çalışmada "Yapay zekâlı varlıklar için önerilen diğer kapsamlı kişilik modeli elektronik kişilik modelidir. Yapay zekâlı varlıkların eşyadan farklı bir statüye sahip olması gerektiği düşüncesine dayanan elektronik kişilik modeli, tüzel kişilerin sahip oldukları hukuki statü dikkate alınarak yapay zekâlı varlıklar için benzer bir statü tanınabileceği fikrini temel almaktadır. EuRobotics Robotik Alanında Hukuki Meselelere Yönelik Bir Yeşil Kitap İçin Öneriler (Suggestions for a green paper on legal issues in robotics) çalışmasında belirtildiği üzere bu model, yapay zekâlı varlıkların insan yahut hayvan olarak kabul edilemeyeceği, ancak bu varlıklara resmi bir sivil kaydedilmeleri şartıyla kişiliğin tanınabileceği fikrinden hareket etmektedir. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 2017 yılında yayımlanan Robotik Tavsiye Raporu'nda da otonom özelliğe sahip yapay zekâ sistemlerine elektronik kişilik tanınabileceği belirtilmiştir. Bu sayede öğrenilebilir ve kendiliğinden karar alabilen yapay zekâlı varlıkların çeşitli hukuki sonuçlara sebep olabileceği kabiliyetleri bulunması dolayısıyla hak sahibi olabileceği, borç altına girebilme veya kendi fiillerinden sorumlu tutulabilmeleri açısından tüzel kişilere benzer bir statü tanınması

yapay zekânın hangi konularda sözleşme yapabileceği, vergilendirilip vergilendirilmeyeceği, hangi alanlarda istihdam edilebileceği, insanları istihdam edip edemeyeceği, hukuku ve cezai sorumluluğunun sınırları, hangi ülkelerin kapsamında faaliyet gösterebileceği, uluslararası hukuk bağlamında nasıl süje olacağı gibi pek çok konunun düzenlenmesi icap edecektir. Elbette gerçekten bilinç sahibi bir yapay zekânın üretilmesi halinde yapay zekâyâ ilişkin sui generis düzenlemeler yapılması gerekecektir. Ne var ki yapay zekânın insanlarla eşit koşullarda kişiliğe sahip olması uzun yıllar içinde evrimleşerek irade sahibi olmasına, iyi ve kötü, doğru ve yanlış gibi insanlar tarafından oluşturulan etik değerleri tanınmasına bağlıdır. Elbette böyle bir süreç yaşanırca insanlara zarar vermemek konusunda denetim altında tutulması, sınırlandırılması gibi daha zorlu ve ütöpik konular da değerlendirilmelidir.

#### D. İdari İşlemler ve Yapay Zekâ

Gelinen noktada doktrinde yapay zekâ ve özellikle robotların sosyal hayata dahil olmasıyla birlikte bunlara ilişkin teorik çalışmalar hız kazanmıştır. Nitekim yapay zekâ yasaları sorusunu ele alırken akademisyenler ya (1) yapay zekânın, örneğin 'tüzel kişilik' kavramında olduğu gibi, hukuki kavram ve ilkeleri nasıl etkilediğine bakma ya (2) otonom ajanlar tarafından gerçekleştirilen işlemlerde sorumluluk örneğinde olduğu gibi, yeni ilke ve kavramlar yaratma biçimlerini analiz etme ya da (3) yapay zekânın özgünlüğünü inkâr etme ve ortaya koyduğu zorlukları mevcut sistemin sınırları içinde ele alınabilecek sorulara dönüştürme eğilimindedir.<sup>117</sup> Bu noktada teknolojinin düzenlenmesi ve teknoloji aracılığıyla düzenleme arasındaki ayrım önem taşımaktadır. Hukuk ve teknoloji alanındaki araştırmaların çoğunluğu, yeni teknolojilerin mevcut yasal çerçevelerde değişiklik gerektirip gerektirmediği ve/veya bu yeni teknolojilerin geliştirilmesi ve yaygınlaşmasının yeni yasal sorunlar doğurup doğurmadığı sorusuna odaklanmaktadır.<sup>118</sup> Söz konusu hukuki analizler genellikle yapay zekânın hukuki statüsü ve yapay zekâyâ sahip robotların haklarını ele almaktadır. Oysa yapay zekânın insan davranışları üzerinde düzenleme yapma yetkisi konusu büyük ölçüde ihmal edilmektedir. Bu noktada insanın teknolojik ilerlemeye ilişkin davranışlarının yanın-

olanaklı hale gelebilecektir." denilmiştir (Gizem Özkan Şahin, / Çağatay Şahin. "Yapay Zekalı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, sy. 1 (Haziran 2022): 119).

117 Leenes, Ronald, and Federica Lucivero: 196.

118 Her yeni teknoloji yeni davranışlar, yeni riskler ve yeni kullanım pratikleri ortaya çıkarır ve bu nedenle hukukçular ve yönetim organları bu tür teknolojilerin kullanımının veya uygulanmasının mevcut yasal çerçevelerin dışında kalabilecek sonuçlar doğurup doğurmadığını araştırmalıdır (van den Berg, Bibi. "Robots as Tools for Techno-Regulation." Law, Innovation and Technology 3, no. 2 (2011): 317).



da teknolojinin insan hayatında düzenlemeler yapması hali de ele alınmalıdır.<sup>119</sup> Zira özellikle Batı medeniyeti kontrolcü bir yapılanma üzerine inşa edilmiştir. Öyle ki yaşam ve refah için doğayı ve şartları kendine uydurmanın gerekliliğine inanmaktadır.<sup>120</sup>

## SONUÇ

Yapay zekâ ve hukuk yapay zekânın nasıl düzenleneceğine, yapay zekânın hukuku nasıl kavrayacağı ve uygulayacağına ve nihayetinde hukuku nasıl düzenleyeceğine ilişkin üç başlık altında değerlendirilmelidir. Düzenleyicilerin üzerinde çalışabileceği bir tanım olmayan yapay zekâ, aslında internet tabanlı bir cihazda her yerde bulunabilen ve gerekli ya da zorunlu bir metafizik altyapısı olmayan bir teknolojiyi düzenlemenin ne kadar zor olduğunu ortaya koymaktadır. Konu ilk başlık altında ele alındığında özellikle idare adına karar mekanizması oluşturabilecek yapay zekâ sistemlerine ilişkin düzenlemelerde idari işlemin amacı, sınırları, sonuçları belirlenmeli, denetim aşamaları varsa izah edilmeli, hızlı çözüm sağlayan itiraz yöntemleri öngörülmesi, kalite süreçlerine idari işlemin muhatapları da dahil edilerek ılerlenmelidir. Ayrıca yapay zekânın en azından rutin işleyiş bakımından gerekçeler hususunda eğitilmesi, yapılan işleme ilişkin bir çelişki oluşmaması bakımından idarenin her seviyede kendi içinde bilgi paylaşımı yapabildiği sistemler oluşturulması, bu sistemler arasında kişisel veri ihlaline yol açmayacak tanımlamalara yer verilmesi, mevcut bilgilerin güvenliği, güncelliği ve güvenilirliğinin denetlenmesi önem taşımaktadır.

İkinci başlık ise yapay zekânın işlem ve eylemlerinin düzenlenmesi, hukuka ve tasarım amacına uygun hareket etmesinin sağlanması ve bu hususta olası ihlaller hakkında alınacak tedbirlerin belirlenmesini kapsamaktadır. Yapay zekâ, beslendiği verilerden tanımladığı kalıplara göre sonuç sunan bir teknolojidir. Bu

119 van den Berg, Bibi: 320. Yazar ayrıca "Bilgi ve iletişim teknolojileri kullanımının vatandaşların mahremiyeti üzerindeki etkilerinden, biyoteknolojilerin ortaya çıkışı ışığında fikri mülkiyet hukuku ve patent hukukunun geçerliliği ve kapsamının incelenmesine, nörroteknolojilerin ve insani gelişim teknolojilerinin çeşitli sosyal alanlarda uygulanmasının hukuki sonuçlarının araştırılmasına kadar her durumda, teknolojilerin düzenlenmesine odaklanan araştırmacılar şu soruları sormaktadır: (1) Hem doğrudan hem de daha dolaylı (veya örtülü) anlamda yeni teknolojilerin ortaya çıkmasından kaynaklanan etkiler, riskler, fırsatlar ve tehlikeler nelerdir? (2) Mevcut yasal çerçeveler, bu gelişmelerin akışında ortaya çıkabilecek olası sorunlara, risklere ve tehlikelere karşı ne şekilde ve ne ölçüde koruma sağlamaktadır? (3) Yasal çerçevelerin bir veya daha fazla alanda yeterli koruma sağlamadığı tespit edilirse, sorunu çözmek için bu çerçeveler nasıl düzenlenebilir? (4) Ve son olarak, özellikle doğası gereği tehlikeli veya riskli olduğu düşünülen teknolojik gelişmeler söz konusu olduğunda, mümkün olduğunca güvenli bir uygulama sağlamak için bu tür belirli teknolojilerin geliştirilmesi veya içine girecekleri kurumsal veya örgütsel ortam düzenlenmeli midir?" ifadelerine yer vermektedir (s. 318).

120 Winner, Langdon, Autonomous Technology: Technics-out-of-Control as a Theme in Political Thought, M.I.T. Press, 1977: 20.

aşamada yapay zekânın işlem ve eylemlerinden ötürü oluşabilecek zararların giderilmesi için yapılacak çalışmalar çeşitli paradokslar içermektedir. Öncelikle yapay zekânın suç olarak tanımlanan bir fiil işlemesi halinde ya da bu suça iştirak edecek şekilde kullanılması olasılığında nasıl davranılacağı belirlenmelidir. Cezalandırılacak bir bedeni ya da ruhu olmayan bir robot için en fazla mali karşılık düşünülebilecektir. Mevcut durumda hak ve borçlara ehil olmayan yapay zekâ açısından sorumluluk tasarımcı, üretici, yazılımcı ya da kullanıcılara ve kullanıcı sıfatı taşıyan idarelere ait olacaktır. Ne var ki yapay zekânın özerkliği en belirgin özelliğidir ve bu özellik yapay zekâ sistemlerinin öngörülemezliği ile birleştiğinde karmaşık sorunlar doğurabilecektir. Bu durumda yapay zekânın normal işleyişi sırasında bir insana zarar vermesi ile makinenin beklenmedik bir şekilde bilincini kullanarak çalışması eşit değerlendirilmeli midir sorusu gündeme gelmektedir. Özellikle derin öğrenme yetisine sahip makinelerin tasarımcısının dahi öngöremediği bir fiil ya da işlem ile zarar doğurması halinde sorumlu tutulması hakkaniyet bağlamında değerlendirilmesi gereken sorulardandır. Bu aşamada hiçbir yükümlülük öngörülmemesi ise zarar gören açısından adaletsiz bir sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla yapay zekânın öngörülemeyen faaliyetleri için yasal bir sorumluluk veya yakın nedensellik bağı kurmak için parametreler oluşturmak gerekmektedir. Elbette bir yapay zekânın yaratılmasından çalışmasına kadar birden fazla potansiyel aktör dâhil olduğunda sorumluluk veya kusur derecesini belirlemek zor olacaktır. Ayrıca, zararın ne zaman ve nasıl meydana geleceği öngörülemeyeceği gibi; zarar verme niyeti veya bilgisinin tespit edilmesi de mümkün olmayabilecektir. Yapay zekânın özerkliği, yaratıcıların veya operatörlerin kontrolü kaybetme olasılığını da artırır.

Öte yandan özellikle suçlara karşı cezalandırmanın başka bir amacı da acı çektirmektir ki özellikle mağdur ve yakınları için bu durum manevi bir tatmin aracıdır. Oysa yapay zekânın mevcut bilinen formu için en fazla ilgili yapay zekânın kapatılması düşünülebilir. Ancak bu durumda da ilgili yapay zekânın fayda-zarar dengesinin sıkça tartışılacağı hatta bazı durumlarda verilen zarara rağmen yapay zekânın kullanımından vazgeçilmeyeceği şüphesizdir. Kendi iradesi ile seçim yapmayan ve her nasılsa bir zarara sebebiyet veren makineler bağlamında kusur üretiminden kullanımına kadar geçen sürede müdahil olan aktörlere atfedilebilecektir. Ne var ki öngörülemeyecek bir gelişme neticesinde yahut yapay zekânın müdahalesiz ve iradi davranabileceği varsayımında ceza adaleti dengesi bağlamında yeni bir anlayış geliştirmek gerekebilecektir.

Konu idari ceza bağlamında değerlendirildiğinde de benzer şekilde idare adına hareket eden yapay zekânın vereceği zarardan sorumluluk konusu netleştirilmelidir. Nitekim yapay zekânın karar verici olacağı durumlarda idarenin göre-

bileceği zarar nedeniyle yapay zekâ üreticisine rücu edilebilecektir. Ancak yapay zekânın kullanıcı hatası nedeniyle bir zarar vermesi halinde idarenin bu kusura ya katlanmak zorunda kalacağı ya da yapay zekâyâ müdahale eden personelini cezalandıracağı düşünülebilir. Öte yandan yapay zekânın özerkliği, yaratıcıların veya operatörlerin kontrolü kaybetme olasılığını da artırmaktadır. Belirlenen hedefi tamamlamaya kararlı olan yapay zekâ, prosedürleri veya mevzuatı ihlal edebilir ve zarara neden olabilir. Yapay zekânın sahibi, yapay zekânın yol açabileceği zararı öngöremeyebilir yahut önleyemeyebilir. Bu durumda kasıt, kusur veya ihmalden söz edilemez. Geleneksel öngörülebilirlik, haksız fiil veya hizmet kusuru tanımlamaları robotik ve yapay zekâ alanına doğrudan uygulanamayabilir. Düzenleyicilerin, yapay zekâ zararını en iyi şekilde düzenleyebilmek için öngörülebilirlik kavramını yeniden değerlendirmesi ve yapay zekâyâ uygun bir biçimde yorumlaması gerekecektir.

Yine yapay zekâ sistemleri genel itibarıyla insanların hayatını kolaylaştırmak ve hızlandırmak için oluşturulmaktadır. Ayrıca robotlar gibi doğrudan insanla fiziksel temasa girebilecek yapay zekâ tasarımları, kullanıcılara zarar verilmemesini temin için uyulması gereken normlar ve güvenlik standartları getirilerek düzenlenmektedir. Üretim bağlamında, robotların yapımına ilişkin standartlar ve yönetmelikler bulunmaktadır. Bunun için makinelerin hareket kabiliyetini ve erişimlerini sınırlandırmak, makineleri sabitlemek, sensörler vasıtasıyla otomatik durmasını sağlamak gibi tedbirler alınabilir. Makinelere kaynaklanan riskler bu tür kontrollü ortamlarda nispeten kolay yönetilir. Makinelerin sağlık ve güvenlik gerekliliklerini karşılayacak şekilde tasarlanması ve uygulanması için rehberlik sağlamaktadır. Ancak işlevleri değişen, gelişen artan robotlar günlük yaşamın içinde daha çok kazaya sebebiyet verebilir ya da daha çok hasar alabilir. Bu sebeple üretici, tüketici ve yapay zekâ üçgeninde öngörülmesi gereken sorumluluk ve standartlar ayrıca belirlenmelidir.

Yapay zekânın düzenleyici rolü üstlenmesi ve idare adına işlem tesis etmesi, otomatik kararlar alması süreçlerinde idarenin kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk halinin devam edeceği aşikârdır. Hatta yapay zekânın bir kişilik olarak kabul edilmesi halinde dahi idarenin kamu görevlisinin oluşturduğu zarardan ötürü sorumluluğuna gidildiği gibi yapay zekâ tarafından gerçekleştirilen idari işlemlerden sorumlu olması gerekecektir. Yine yapay zekânın öngörülemeyen bir zarara yol açması halinde risk sorumluluğu gündeme gelebilecek ve idare kusuru olmasa da bu işlemde sorumlu tutulacaktır. Ancak sorun kamu görevlilerinin kişisel kusuru gibi bir kusurlandırmanın yapıp yapılamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda kusur kavramında ilk aranacak öge iradedir. Yapay

zekânın bir iradeye sahip olması halinde kusur atfedilebileceği tabiidir. Bu ise teknolojinin geldiği aşamada oldukça uzak bir ihtimal olarak öngörülmektedir.

Netice olarak yapay zekâ sisteminin idare tarafından kullanılması aşamasında yapay zekânın gerçekleştireceği işlemlere ilişkin öngörülen amaç ışığında risk yönetimi süreçleri oluşturulmalı ve uygulanmalıdır. Yüksek kaliteli eğitim, doğrulama ve test verilerinin kullanıldığından, dokümantasyon ve tasarımın amaca uygun biçimde gerçekleştirildiğinden emin olunmalıdır. Ayrıca idarenin işlem ve eylemlerinin kamu gücü içerdiği, re'sen icra edilebildiği ve hukuka uygunluk karinesinden istifade ettiği düşünüldüğünde yapılacak işlemlerin denetim ve müdahaleye açık olması, geri döndürülebilir, değiştirilebilir, düzeltilebilir esneklikte tasarlanması değerlendirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Al Enazi Ali, “Gen Alpha and AI set to disrupt wealth management industry, argue futurists”, (21.05.2024). <https://www.pwmnet.com/gen-alpha-and-ai-set-to-disrupt-wealth-management-industry-argue-futurists>.
- Akyılmaz, Bahtiyar &, Sezginer, Murat & Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Ankara 2023.
- Armağan, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.
- Atay, E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2023 Ankara.
- Atay, E. Ethem / Odabaşı Hasan / Gökcan, Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, (2017), 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Azrak, Ali Ülkü, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu (Ankara, 12- 13 Mayıs 1979), İstanbul Hukuk Fakültesi, Yayın No: 622, 1980.
- Bak, Başak. “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, sy. 35 (Temmuz 2018): 211-32.
- Balta, K. Büşra, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Benli, Erman & Gayenur Şenel. “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku”. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, Sy. 2 (Aralık 2020): 296-336.
- Berberoğlu, İbrahim, “Genel Hatlarıyla Devletin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin İlkeler”, Danıştay Dergisi, Yıl: 40, Sayı: 124, 2010: 11-16.
- Çaşın, Mesut & Dursun Al & Nur Dinemis Başkır. “Yapay Zekâ ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk Sorunu”. Ankara Barosu Dergisi 79, sy. 1 (Haziran 2021): 1-73.
- Cellan-Jones Rory, “Hawking: Yapay zeka insanlığın sonunu getirebilir” (02.12.2014), [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/12/141202\\_hawking\\_yapay\\_zeka](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/12/141202_hawking_yapay_zeka).
- Coulson Shea / Hunt Trevor “How artificial intelligence will change administrative law: The Government of Canada’s Directive on automated decision-making”, (24.05.2023) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fd86e808-9237-42ef-b532-c72ddceee630>, (E.T. 07.03.2024).
- Çağlayan, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayın Dağıtım Ltd Şti, Ankara 2007.
- Çalış Duman, Meral, “Toplum 5.0: İnsan Odaklı Dijital Dönüşüm”, Journal of Social Policy Conferences, Sayı: 82, 2022: 309-36.

- De Spiegeleire, Stephan; Maas, Matthijs Michiel; Sweijs, Tim,” Artificial Intelligence and the Future of Defense: Strategic Implications for Small- and Medium-Sized Force Providers”, Hague Centre for Strategic Studies (2017): 25-42.
- Delblond, Antoine, Droit Administratif, Larcier, Brüksel 2009.
- Erdoğan, Gökhan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, Adalet Dergisi, Sayı: 66, 2021: 117-92.
- Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Sevinç Matbaası, 1975, Ankara.
- Eroğlu Durkal, Müzeyyen, “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, TBB Dergisi C. 131, Sayı: 1 (2017): 179-210.
- Ezzeddine Yasmine/Bayerl Petra Saskia / Gibson Helen (2023) “Safety, privacy, or both: evaluating citizens’ perspectives around artificial intelligence use by police forces”, Policing and Society, 33: 7, 861-876.
- Forges, Jean-Michel Lemoyne de, Droit Administratif, Universitaires de France - PUF, 2002.
- Gabriel Hallevy, When Robots Kill. Artificial Intelligence Under Criminal Law, Northeastern University Press, Boston 2013.
- Georgian-Marcel Husti, “May Artificial Intelligence Have Criminal Capacity?,” Pro Lege Review (Revista Pro Lege) 2022, no. 2 (2022): 37-68.
- Goyal, Annanay, “Regulating Artificial Intelligence: An Indian Standpoint”, Supremo Amicus, 18, 2020: 122-128.
- Görgülü, Ülfet-Kesgin, Sena. “Yapay Zekâ Robotlara Ahlâki ve Hukuki Statü Tanınması Problematığı -İslam Ahlâkı ve Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”. Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 20 (2021), 37-65.
- Harris, Jeanne, Davenport, Thomas, “Automated Decision Making Comes of Age”, MIT Sloan Management Review, 46(4), 2005: 2-10.
- Joh Elizabeth E., “Artificial Intelligence and Policing: First Questions,” Seattle University Law Review 41, no. 4 (Summer 2018): 1139-1144.
- Kalabalık, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yayınları, 2014 Konya.
- Kammerer, Brittany, “Hired by a Robot: The Legal Implications of Artificial Intelligence Video Interviews and Advocating for Greater Protection of Job Applicants”, Iowa Law Review, vol. 107, no. 2, January 2022: 817-850.
- Kaplan, Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 19, Kitap: 1 (2004) (<https://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm>, E.T. 26.01.2022).
- Karataş, Esra, ve Uğur Karaca. “Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması”. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sy. 1 (Haziran 2022): 17-50.

- Katruff, Ceren Soydan, Roma Hukukunda Kölelik Kavramıyla Günüümüzdeki Yapay Zekâ Kavramının Haksız Fiil Hukuku Bakımından Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2023.
- Leenes, Ronald, and Federica Lucivero, "Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design", *Law, Innovation and Technology*, vol. 6, no. 2, December 2014: 193-220.
- Lima Dafni, "Could AI Agents be Held Criminally Liable: Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law," *South Carolina Law Review* 69, no. 3 (Spring 2018): 677-696.
- Oberdoff, Henry "La transformation numérique de l'administration publique", *Revue du droit public*, Septembre 2020.
- Oswald Marion, "Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'experimental' proportionality", *Information & communications technology law*, 27 (2), 223-250.
- Özkan Şahin, Gizem/ Çağatay Şahin. "Yapay Zekâ Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, sy. 1 (Haziran 2022): 110-128.
- Öztürkler, Cemal, "Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması", Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- Philip, Anna, Biju & Colleen, & Philip, Anu, "Understanding the Necessity of Rebooting Copyright Law in Context of the Advancement of Artificial Intelligence", *Nyaayshastra Law Review*, vol. 3, no. 2, 2023: 1-24.
- Riedl, Mark O. "Human-centered artificial intelligence and machine learning", *Human Behavior and Emerging Technologies*, Vol 1, Issue 1, 2019: 33-36.
- Sagdeo, Parth Lalit, "Blending Machine Intelligence with Natural Intelligence: Artificial Intelligence and Law", *International Journal of Law Management & Humanities*, 3, 2020: 1215-1224.
- Sancakdar, Oğuz & Önüt, Lale Burcu & Us Doğan, Eser, & Kasapoğlu Turhan, Mine & Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin, Ankara 2022.
- Sarıca, Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", *İÜHFD C. XV, Yıl. 15, sy. 4, 1949, s. 858- 895.*
- Sarsıkoğlu, Şenel, "İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4) 2016: 2389-2422.
- Say, Cem (2018), "50 Soruda Yapay Zeka", 7 Renk Basım Yayın ve Filmcilik Ltd. Şti, İstanbul.
- Shneiderman Ben, *Human-Centered AI*, Oxford University Press, February 2022.
- Singh, Arundhati, "An Overview of Artificial Intelligence and Law", *International Journal of Law Management & Humanities*, 4, 2021: 1432-1439.

- Sobel, Benjamin L. W. "Artificial Intelligence's Fair Use Crisis." *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 41, no. 1, 2017, pp. 45-98.
- Şaşı, Murat, *Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında, Yetkin Yayınları*, Ankara 2019.
- Tegmark, Max, "Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence", Alfred A. Knopf, US, 2017.
- Trivedi, Nishtha Anil, "Can a Robot Act as a Witness?", *Indian Journal of Law and Legal Research*, 5, 2023: 1-19.
- Uguen Marianne "Le recours aux algorithmes dans l'action publique", <https://www.sciencespo.fr/ecole-affaires-publiques/sites/sciencespo.fr.ecole-affaires-publiques/files/UGUEN.pdf>.
- Ulenaers, Jasper, "The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?", *Asian Journal of Law and Economics*, vol. 11, no. 2, August 2020: 1-38.
- Ünal, Mehmet, "Nedensellik Bağı", *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, Sayı 111, (2001): 47-52.
- Üren Çağla, "Yapay zekâ kendi gizli dilini yarattı", (06.06.2022). <https://www.indyturk.com/node/518661/bi%C2%B7li%C2%B7m/yapay-zeka-kendi-gizli-dilini-yaratt%C4%B1>.
- van Berkel, N., Tag, B., Goncalves, J., & Hosio, S. (2020), "Human-Centred Artificial Intelligence: A Contextual Morality Perspective", *Behaviour and Information Technology*.
- van den Berg, Bibi, "Robots as Tools for Techno-Regulation" *Law, Innovation and Technology* 3, no. 2 (2011): 319-334.
- van der Linden, Tina. "Regulating Artificial Intelligence: Please Apply Existing Regulation." *Amsterdam Law Forum*, vol. 13, no. 3, Autumn 2021, pp. [3]-[8]. HeinOnline.
- Veruggio, Gianmarco, (2005, 18 Nisan). *The Birth of Roboethics*. IEEE International Conference on Robotics and Automation Workshop on Robo-Ethics Barcelona, <https://philarchive.org/rec/VERTBO-3> E.T.
- Winner, Langdon, *Autonomous Technology: Technics-out-of-Control as a Theme in Political Thought*, M.I.T. Press, 1977.
- Will Douglas Heaven, "Predictive policing algorithms are racist They need to be dismantled", *MIT Technology Review* (17.07.2020) <https://www.technologyreview.com/2020/07/17/1005396/>.
- Yasin, Melikşah, "Sigortacının Kanuni Halefiyeti Müessesinin İdarenin Sorumluluğu Alanında Uygulanması", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, c. 71, sy. 1, 2013, ss. 1229-42.
- Yayla, Ahmet, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ İdarenin Faaliyetleri, Yapay Zekâ İdari İşlemler ve Sorumluluk*, Seçkin, Ankara 2023.



Yıldırım, Turan, Yasin, Melikşah, Kaman, Nur, Özdemir, H. Eyüp, Üstün, Gül, Çakır, Hüseyin Melih, Okay Tekinsoy, Özge), İdare Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

Yıldız, Hayrettin. (2015). İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, s. 135-178.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Zehir, Emre Ömer “Kargo Şirketinin Yapay Zekâ Sohbet Botu Müşteriye Küfretti” (22.01.2024). <https://www.webteknoloji.com/kargo-sirketinin-yapay-zek-sohbet-botu-musteriye-kufretti-h140299.html>.

### **Elektronik Kaynaklar**

<https://www.bilgiedinnehakki.org/blog/2006/10/12/genel-idari-usul-tasarisi/>.

<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>.

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai#:~:text=The%20AI%20act%20ensures%20that,address%20to%20avoid%20undesirable%20outcomes>.

<https://etikblog.com/avrupa-birligi-yapay-zeka-yasasi/>.

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai#:~:text=The%20AI%20act%20ensures%20that,address%20to%20avoid%20undesirable%20outcomes>.

[https://clawar.org/wp-content/uploads/2019/11/ICRES2019\\_p64\\_paper\\_4.pdf](https://clawar.org/wp-content/uploads/2019/11/ICRES2019_p64_paper_4.pdf).

<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/fransada-kamu-gorevlileri-zaman-tasarrufu-icin-yapay-zekayi-deneyimleyecek/2980336>.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753>.

[https://www.researchgate.net/publication/355495908\\_Ethics-Based\\_Auditing\\_of\\_Automated\\_Decision-Making\\_Systems\\_Nature\\_Scope\\_and\\_Limitations](https://www.researchgate.net/publication/355495908_Ethics-Based_Auditing_of_Automated_Decision-Making_Systems_Nature_Scope_and_Limitations).

<https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>.

<https://casetext.com/case/hous-fedn-of-teachers-v-hous-indep-sch-dist>.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753>.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Death\\_of\\_Elaine\\_Herzberg](https://en.wikipedia.org/wiki/Death_of_Elaine_Herzberg).

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL\\_STU\(2016\)571379\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf).

[https://www.gunhaber.com.tr/haber/Nijerya-Hava-Kuvvetleri-yanlislikla-sivilleri-bombaladi/531674#:~:text=Nijerya%20Hava%20Kuvvetleri'ne%20\(NAF,68%20ki%C5%9Finin%20ise%20yaraland%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20duyurdu](https://www.gunhaber.com.tr/haber/Nijerya-Hava-Kuvvetleri-yanlislikla-sivilleri-bombaladi/531674#:~:text=Nijerya%20Hava%20Kuvvetleri'ne%20(NAF,68%20ki%C5%9Finin%20ise%20yaraland%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20duyurdu).

<https://www.ihha.com.tr/haber-rusya-ukrayna-yerine-yanlislikla-kendi-topraklarini-bombaladi-1164656>.



# Hukuk Devleti Kavramına Hukuki Pozitivizm Penceresinden Bir Bakış<sup>(\*)</sup>

## A Look at the Concept of "Rule of Law" from the Perspective of Legal Positivism

Dr. Öğr. Üyesi Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Hukuk devleti tarih boyunca farklı şekillerde, farklı anlamlandırmalarla belirmiş, ondan farklı işlevleri yerine getirmesi beklenmiştir. Hukuk devleti, rule of law, dueprocess, reichstaadt gibi farklı kavramlarla ifade edilse de, prosedürel- maddi hukuk devleti gibi ayrımlarla farklı anlamları öne çıkarılıp belirleyici kabul edilse de, keyfiligi önleyeceği öngörülen ve amaçlanan bir ilkedен söz edildiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu çalışma, kavramın farklı anlamlarının tüketici bir şekilde açıklanmasını amaçlamamaktadır. Fakat kavramın önleyeceği iddiasında/vaadinde bulunduğu keyfiligi hangi kaynaktan temellendirerek önleyeceği üzerinde düşünmenin önemini akılda tutmak gerektiğinden hareketle kaleme alınmıştır. Buna göre hukukun kaynağı konusundaki felsefi kabul, hukuk devleti kavramına içeriğini kazandıracak temel unsurdur. Kimin ya da devletin hangi unsurunun kimin lehine sınırlanıyor olduğu da bu bağlamda belirleyicidir. Bireye hukuk özneliğini teslim eden modern devlet, bunu ancak hukukun kaynağını bir dine bağlamamakla ve bununla birlikte bireylere istedikleri dine mensup olmak ve dahi hiçbir dine mensup olmamak özgürlüğünü sağlayarak gerçekleştirebilir.

### Anahtar Kelimeler:

Hukuki Pozitivizm, Hukuk Devleti, Laiklik, Kaynaklar Tezi.

### Abstract:

The rule of law has appeared in different forms and with different meanings throughout history, and it has been expected to fulfill different functions. Even though the rule of law is expressed with different concepts such as rule of law, due process, reichstaadt, and its different meanings are highlighted and accepted as decisive with distinctions such as procedural-substantive rule of law, there is no doubt that we are talking about a principle that is foreseen and intended to prevent arbitrariness. This study does not aim to explain the different meanings of the concept in an exhaustive way. However, it was written based on the need to keep in mind the importance of the rule of law's this particular claim/promise: On which source would the rule of law prevent arbitrariness base? Accordingly, the philosophical assumption on the source of law is the fundamental element that will give its content to the concept of the rule of law. In this context, it is also decisive who or which element of the state is being restricted in whose favor. The modern state, which gives legal subjectivity to the individual, can only achieve this by not linking the source of law to a religion and by providing individuals with the freedom to belong to any religion they want or even not to belong to any religion.

### Keywords:

Legal Positivism, Rule of Law, Secularism, Sources Thesis.

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 26.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 03.06.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: hdacanay@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7980-7856>.

## GİRİŞ

İnsanlar, bir arada yaşamaya yazgılı canlılardır. “Yazgı” kavramına metafizik ya da dinsel bir anlam yüklemeyen, felsefi, antropolojik ya da sosyolojik kavram ve bilgi seti de bu cümleyi kurmaya yetecektir. Gerçekten, alışılmış şekilde Robinson Crusoe ya da Hay Bin Yakzan ile örneklenen yalnız yaşama kurgularını hariç tutarsak, bir arada yaşamının kendisi değil ama biçimleri ve en çok da “kuralları” tartışma konusu olagelmıştır.

İnsanların bir arada yaşamalarını fiilen mümkün kılan şey, çeşitli normatif alanların kurallarıdır.<sup>1</sup> Gelenekler, ahlak kuralları, din kuralları, görgü kuralları ve nihayet modern çağda hepsini galebe çalan hukuk kuralları, bir insanın, bir topluluğun, bir ilahın vs “gönlünü yapmak” için mevcut değillerdir. Ama bu normatif alanlar, insanlar o kurallar dahilinde yaşadıklarında hayatın daha “iyi” ve “doğru” olacağı iddiasını taşır. Her normatif alan, insanların davranışlarına yönelik bir takım sınırlamalar içerir. Ne şekilde davranmak/davranmamak gerektiğine ilişkin önermeler, bu özelliğiyle özgürlüğü kısıtlarlar. Ya da özgürlük kavramına hukuki bağlamda “hak” anlamını yüklemeyen de, normatif önermeler, insanların davranma olanaklarını kısıtlayan, engelleyen görünmez ellerdir. Bu önermelerin öngördüğü şekilde davranmak, insanlar kendilerini mecbur hissettikleri için, öyle alıştukları için, yaptırımını göze alamadıkları için, karşılığındaki ödülü istedikleri için, ya da gerçekten ödev saikiyle öyle davranmayı doğru buldukları için söz konusu olabilir.<sup>2</sup> Hukuk, bu pür özgür/ keyfi davranmalara sınırlar getirme işlevini hukuk devleti kavramı çerçevesi içinde gerçekleştirir. Hukuk devleti, gündelik dilde de, hukukçuların dilinde de korunması, muhafaza edilmesi, ona uyulması gereken, olumlu anlamlarla yüklü bir ilke, bir amaç, bir idealdir. Hukuk devleti ilkesine uygun şekilde düzenlenmiş ve uygulanan hukukun keyfilikleri önleyeceği, bireylerin ve vatandaşların hakkının korunmasını sağlayacağı, adalet duygusunu tatmin edeceği düşünlür. Oysa kavramın barındırdığı çelişkiler, hukuk devletine riayetinin bir alanda engellediği varsayılabilir keyfiliğin başka bir alanda belirmesine, bu beklentilerin karşılanamamasına sebep olur. Hukuk devleti bu sebeple tarih boyunca farklı şekillerde, farklı anlamlandırmalarla belirmiş, ondan farklı işlevleri yerine getirmesi beklenmiştir. Hukuk devleti, rule of law, due process, reichstaadt gibi farklı kavramlarla ifade edilse de, prosedürel- maddi hukuk

<sup>1</sup> Durkheim'in “insanların bir arada yaşamasını sağlayan şey nedir” cümlesinin cevabını tartıştığı literatürünü ya da buna paralel veya alternatif sosyolojik ve politik yaklaşımları görmezden gelmek amacımız bulunmamaktadır. Bu indirgemeci cümle, açtığı tartışma alanlarının farkında olarak yazılmıştır ve bunları bu yazının sınırları içine almak da kanımızca gerekli ya da mümkün değildir.

<sup>2</sup> GÜRLER, Sercan, Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü, İÜHFMC C. LXXII, S. 1, 2014, s.268., RAZ, Joseph, “Özgürlük Ahlakı”, Çev. Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016, s.89.

devleti gibi ayrımlarla farklı anlamları öne çıkarılıp belirleyici kabul edilse de, keyfiligi önleyeceği öngörülen ve amaçlanan bir ilkedен söz edildiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bu çalışma, kavramın farklı anlamlarının tüketici bir şekilde açıklanmasını amaçlamamaktadır. Fakat kavramın önleyeceği iddiasında/vaadinde bulunduğu keyfiligi hangi kaynaktan temellendirerek önleyeceği üzerinde düşünmenin önemini akılda tutmak gerektiğinden hareketle kaleme alınmıştır. Hukukun kaynağı konusundaki felsefi kabul, hukuk devleti kavramına içeriğini kazandıracak temel unsurdur. Bu bağlamda kimin, devletin hangi unsurunun kimin lehine sınırlanıyor olduğu da belirleyicidir. Bu çalışmada, hukuk devleti kavramının dinamik içeriğine bir bakışla, içinde bulunduğumuz yüzyılın değişkenleri içinde nasıl belirdiğinin/beliberebileceğinin değerlendirilmesine çalışılacaktır.

## TARİHSEL TEMELLER

Hukuk devleti kavramını oluşturan iki kelime olan “hukuk” da “devlet” de tarih içinde değişik anlamlara sahip olmuştur. Bir terim olarak “hukuk devleti” birleşimini oluşturduklarında da kavram siyasi, ekonomik, toplumsal koşullar sebebiyle farklı şekillerde içeriklendirilmiştir.<sup>3</sup> Hukuk, ekonomi ve siyaset birbirinden ayrı alanlarda, birbirinden bağımsız terim ve dinamiklerle gerçekleşen yaşantılar değildir. Bu birbirini etkileme olgusu, farklı düşünürler tarafından farklı enstrümanlarla açıklanıp yorumlansa da, hepsi hukuk düzeninin bir iktidar dengesi tarafından belirlendiğini söyler.<sup>4</sup> İktidarın kim/kimler/ne olduğu, iktidara nasıl sahip olunduğu ise tarihsel verilerin farklı yorumlamalarına tabidir.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları arasındaki tarihsel nüansı şimdilik görmezden gelerek ve her iki kavramın da işaret ettiği ortak bileşeni esas alarak denilebilir ki, söz konusu kavramların adını birer terim olarak 17. yy öncesinde aramak anakronizm sayılabilir. Ama yine de kavramın 17. yüzyıldan bugüne uzanan dinamik karakterini anlamak için bir köken izi sürmek de kaçınılmazdır. İngiliz hukukunda “rule of law”, Alman hukukunda “rechtsstaat”, Fransız hukukunda l’etat de droit ve Amerikan hukukunda “due process” olarak ifade edilen kavramlar, farklı tarihsel süreç ve saiklerle ortaya konmuş olsalar da iktidarın kullanıldığı farklı ellerden yargıya atfedilen üstünlüğe işaret eder. İngiliz ve Amerikan sistemlerinde devletin hukuk devleti olması, doğal haklara dokun(a) maması anlamına gelir.<sup>5</sup> Amerikan sisteminde bu dokunulmazlık, 14. Amend-

<sup>3</sup> AKTAŞ, Sururi, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2020/1, s.3.

<sup>4</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti...s.119-120.

<sup>5</sup> ÖZCAN, age, s.125.

ment ile korunmuştur. Buna göre özellikle yasama ve idare bu temel haklara müdahale edemeyecek, maddi hukuk bakımından bu hakların korunmasını yargı organları sağlayacaktır.<sup>6</sup> Bu üç kavramın aralarında tarihsel farklar bulunmakta ve odak noktalarına farklı değişkenler almaktadırlar. Hukuk devleti terimi, çeviri olarak düşünülürse “rechstaadt” a karşılık gelmekle birlikte, hepsi farklı nüanslarla bir keyfilik önleme işlevini yerine getirmeyi amaçlamışlardır. Bu bağlamda, kullandığımız “hukuk devleti” kavramı, bu keyfilik önleme anlamına işaret eden ve bu nispette bu terimlerin hepsini kapsayacak şekilde ele alınmıştır.<sup>7</sup>

### Hukukun üstünlüğü

Amerikalı hukukçu Tamanaha, mensubu olduğu hukuk çevresinin konuya karşılık gelen kavramını, yani “hukukun üstünlüğü”nü değerlendirdiği kitabında meselenin Antik Yunan ve Roma’dan başlattığı köklerinden, uluslararası düzeyde nasıl işlediğine uzanan bir hat çizmiştir. Yazarın hukukun üstünlüğüne tarih boyunca atfedilen olumlu anlamın, onun değişken içeriğini ortadan kaldırmadığına, hatta bireysel haklara, demokrasiye, biçime ya da insan onuruna verdikleri ağırlığa bağlı olarak birbiriyle çelişen anlamlara da yol açabileceğine işaret etmiştir.<sup>8</sup>

Devlet yönetimi deyince gidilecek ilk adres olan antik Yunan düşüncesi, hukukun üstünlüğü için de önemli bir kaynaktır. Atina’da bir profesyonel hukukçular sınıfı ya da devlet görevlilerinin olmadığı, hukukun yurttaşların katılımıyla konulup uygulandığı bilinmektedir. Yurttaşların hukukun öznesi olduğu bu uygulama Atina’yı demokratik hukuk devletinin kökeni yapar ama yurttaşlık sıfatının pek çok sınıfı dışarıda bırakması ve herkese farklı hukuk standartlarının uygulanması, durumu bugünün bakışıyla tartışmalı hale getirir.<sup>9</sup> Platon’un, hükümetin hukukla sınırlandırılması gerektiğini söylemesi,<sup>10</sup> Aristoteles’in hukuku tutkularından etkilenmeyen akıl olarak tanımlaması<sup>11</sup> gelişigüzel, keyfi uygulamalar

<sup>6</sup> ÖZCAN, age, s.126.

<sup>7</sup> Pek çok kaynakta hukuk devleti kavramının farklı anlamlara sahip olduğu, farklı tarihsel koşullardan kaynaklandığı ve farklı değerleri öne çıkardığı ortaya konulmuştur. Her bir yaklaşım, kavrama kendi bakış açısından korunması ya da ulaşılmaması gereken bir ideal olarak anlam yüklemiştir. Loughlin, hem bu çeşitlilik hem de içerdiği çelişkili anlamlar sebebiyle hukuk devletinin fiilen gerçekleşmesi imkansız olduğunun teslim edilmesini gerektiğini söylemektedir. Bu haliyle kavram ideolojik bir araç olmaya mahkumdur ve işlevi de hukuki değil siyasi olacaktır. Dolayısıyla hukuk devleti kavramı yazara göre kamu hukukunda kurucu bir kavram değildir. LOUGHLIN, Martin, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kivılcım Turanlı, DİPNOT Yay., Ankara, 2017, s. 267.

<sup>8</sup> TAMANAHA, Brian Z, Hukukun Üstünlüğü, Çev. Ali Fahri Doğan, Runik Kitap, İstanbul 2020, s.17. Aslında bizim “hukuk devleti”ni kapsayıcı bir terim olarak kullanmamız gibi, farklı içeriklerine işaret ederek, Tamanaha da “hukukun üstünlüğünü” bir kesişim noktası olarak ele almıştır.

<sup>9</sup> TAMANAHA, s. 22.

<sup>10</sup> PLATON, Yasalar, Çev. Candan Şentuna- Saffet Babür, Kabcacı Yay., İstanbul, 3.b., 2007, s. 173.

<sup>11</sup> ARİSTOTELES, Politika, Çev. Mete Tuncay, Remzi Kitabevi, 1975, s.103.

karşısında bulunan bir sınırın, bir ölçünün formülleridir. Gerçekten kişilerin ya da grupların keyfi uygulamalarına karşı güvence ve düzen olarak hukuku istemek, zamandan ve mekandan bağımsız bir amaç olarak görünmektedir. Platon da Aristoteles de hukukun uygulanmak için insan eline muhtaç olması gerçeği karşısında, bu yetkiyi keyfi davranma ihtimali en az olduğunu düşündükleri kişilere vermek gerektiğini de söylemişler, eğitimsiz ve yetenezsiz avamın dahil olduğu demokrasiye mesafeli durmuşlardır.<sup>12</sup>

Roma hukuku da hukukun sistematikleşmesinin ve profesyonelleşmesinin doğal hukukun gelişmesine eşliğiyle birlikte, bir ölçüde hukukun üstünlüğü ve demokrasi arasındaki çatışmaya sahne olmuştur. Bununla birlikte Roma hukukunun esasen özel hukukun sistematikleşmesi olduğu akılda tutulacak olursa, hukukun üstünlüğü aracılığıyla keyfiliği önlenmek istenen bir siyasi iktidardan ziyade, çoklu hukuk ortamı içinde, yazılı yasalar aracılığıyla yaratılacak güven ortamının öncelikli olduğu söylenebilir.<sup>13</sup> Bu bağlamda Yunan ve Roma meclis yapıları, dolayısıyla demokrasileri arasındaki fark belirleyici sayılabilir. Yunan yurttaşının sahip olduğu eşit konuşma hakkı karşısında, Roma'da statülere göre belirlenen meclis, deneyimsiz ve yetersiz kişilerin söz sahibi olmasını engelliyor ve yönetime bir disiplin getiriyordu.<sup>14</sup>

Cicero, hukuku insanın zihninde tasarlamadığı, halkların kararı olmayan, evreni emir ve yasaklarıyla bilgece yöneten ebedi bir olgu olarak nitelendirir. Bu ilk ve son yasa, her şeyi düzenleyen en yüksek akıl olan tanrının aklıdır. İnsan bu akli koruyup hukuk olarak düzenler.<sup>15</sup> Doğaya uygun doğru akıl olarak nitelendirilen gerçek yasayı değiştirmek günahdır, ne Senatus ne de halk bu yasayı yürürlükten kaldıracaktır. Bu yasanın kurucusu olan, efendi niteliğindeki tanrıdır.<sup>16</sup>

Görünen odur ki Roma hukuku dinsel bir karakter taşımaktadır ve İmparatorluk sonrası feodal bölünmüşlük koşullarında dahi kilise tarafından temsil edilen bir ilahi ölçü bulunmaktadır.<sup>17</sup> 11. Yüzyılda Bologna'da kurulmuş olan ve ilk üniversite sayılan öğretim kurumunun vereceği hukuk eğitimi de hukukla teolojiyi uzlaştıracak, kilisenin denetiminde faaliyet gösterecektir.<sup>18</sup>

Ortaçağ'da krallar ve imparatorların mutlak hakimiyetlerini sınırlamak için işe koşulan hukuk, esas olarak dinden ya da kadim örflerden temelleniyordu.

<sup>12</sup> TAMANAHA, s. 26; ARİSTOTELES, Politika, s.182.

<sup>13</sup> VİNOGRADOFF, Paul, Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Mehtin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, Göçebe Yay., İstanbul, 1997, s. 23.24.

<sup>14</sup> ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3.b. İstanbul, 1948, s. 86, 144, 199.

<sup>15</sup> CİCERO, Yasalar Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yaygı, İstanbul, 2016, s.37.

<sup>16</sup> CİCERO, Devlet Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, İthaki Yay., İstanbul, 2014, s.202.

<sup>17</sup> ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, Tekin Yay., İstanbul, 2017, s.33.

<sup>18</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 36.

Tamanaha, bu sınırlama kaygısı ve ilkesinin hukukun egemenliği olduğunu söyleyerek ne şekillerde belirlediğini formüle etmiştir: Bunlardan biri, kralların keyfi davranmayacaklarının garantisi olarak hukuka uyacaklarına dair yemin etmeleridir. Yine kralların uyacakları hukuka dair anlaşmalar imzalaması ve genel olarak hukuka uygun davranmanın monarklara meşruiyet kazandırdığının farkına varmaları da bu cümleden sayılmıştır.<sup>19</sup> Elbette hukuka uyma güvencesini kralın ettiği yemine ya da sahip olduğu meşruiyetten vazgeçemeyeceği zannına bağlamak fazla iyiniyetlilik olurdu. Bununla birlikte monarkları “bağlayan” “hukuk”, ya da daha doğrusu bu hukuku anlamlandırma biçimi, monarkların keyfi davransalar da zaten uygulayacak oldukları hukuka denk düşüyorsa bu güvencenin anlamını ve modern hukuka bu tereddütün nasıl yansıtacağını da değerlendirmek gerekir. Nitekim Özcan’ın da Napolyon örneği üzerinden, seküler karakterli monarşinin dahi meşruiyetini güçlendirmek için dinsel kurumlara ihtiyaç duyduğuna işaret etmiş olması bu çekincemizi güçlendirmektedir.<sup>20</sup>

Antik Yunan düşüncesinde siyasi alan, birbirinden zengin ve fakir olarak ayrılan ama eşit yurttaşlardan oluşuyordu. Feodal ortaçağda ise fakir sınıfın siyasi alanda hiçbir şekilde yeri yoktu.<sup>21</sup> İktidarın her şekilde zenginlikle ilgili olduğu vakıası karşısında, Antik Yunan’da keyfiliği önlenecek olan iktidarın belirlenmesi daha kolaydı. Ancak feodal ortaçağda feodal lordlar, kilise ve monarklardan oluşan, değişen koşullara ve çıkarlara göre değişen ittifaklar oluşturabilen iktidar bileşenlerinin hangilerinin keyfiliğinin kimin lehine önleneceği daha belirsizdi.

Reform ve Aydınlanma, ilahi olanla dünyevi olanı birbirinden ayırdı. Bu bağlamda modernite, insanların bir arada yaşama biçimlerini pek çok açıdan değiştirmiş, yeniden biçimlendirmiş, modernitenin bu dönüştürücü etkisinden hukuk da payına düşeni almıştır. Modern öncesi dönemde hukuk, meşruluğunu ve iktidarını dinden alırken, kapitalizmin gelişme sürecinde bu duruma meydan okuyan insan aklı, kendi meşruiyet zeminini formüle etmiştir.<sup>22</sup> Yeni bir toplumsal grup olarak ortaya çıkan burjuvazinin yaşam biçimi ve çıkarları, dinin hayatın her alanını düzenleyen iktidarının yerinden çıkarılmasını, dinin düzenleme gücünün özel alanla sınırlanmasını, kamusal alanın ise başka dinamiklere bırakılmasını getirmiştir.<sup>23</sup> İmparatorluklardan ulus devletlere giden bu yeni yönetim modeli içinde artık toplum Tanrı’ya/devlete göre belirlenmeyecek, birey özneliğini hu-

<sup>19</sup> TAMANAHA, s. 51.

<sup>20</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 45.

<sup>21</sup> WOOD, Ellen Meiksins, Yurttaşlardan Lordlara, Eskiçağlardan Ortaçağlara Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi, Çev. Oya Ökmen, Yordam Yay., İstanbul, 2008, s.207.

<sup>22</sup> ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti, İÜHFİM, C. LXIV, S.2, 2006, s. 119.

<sup>23</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti, s. 121.



kuka dayandıracaktır.<sup>24</sup> Bir başka deyişle Ortaçağ'da monarkların uymak zorunda oldukları ya da uymayı taahhüt ettikleri mevcut hukukun, Tanrıdan, kadim örf-ten ya da doğal hukuktan formüle edildiği için, "üstünlüğü" konusunda kimse- nin tereddütü yokken, artık mutlak kanun koyma yetkisi doğal hukuktan ya da Tanrı'dan dünyevi iktidarın kendisine geçmiştir ve bu iktidarın kendisini nasıl sınırlayacağı kısırdöngüsü içine girilmiştir.<sup>25</sup>

Reform hareketleri devamında, feodalite yavaş yavaş çözülürken belirme- ye başlayan hukukun üstünlüğü kavramı karşısında Hobbes, hukuku egemenin buyruğu olarak tanımlamıştı. Herhangi bir yasal sınırlamaya tabi olmayan ege- men, hukukun onu yapan tarafından değiştirilebileceği mantığıyla dahi huku- ka tabi kılınamazdı. Kuvvetler ayrılığı da toplumsal düzeni bozacağı için kabul edilemezdi. O zaman Hobbes için hukukun üstünlüğü imkanı da yoktu. Aslında Antik Yunan- Roma ve Ortaçağlarda monarkı en azından teorik olarak kısıtlayan, ondan üstün bir güç bulunuyorken, Hobbes bu olanağı da ortadan kaldırmış olu- yordu. "*Uriah'ın Davud tarafından öldürülmesinde olduğu gibi bu eylem, hak- kaniyete aykırı olarak, doğal hukukla çelişkili olduğu halde; bu Uriah'a değil Tanrı'ya yapılmış bir haksızlık idi. Çünkü... istediği her şeyi yapabilme hakkı, ona (Davud'a) bizzat Uriah tarafından verilmişti; eylemin Tanrı'ya yapılmış bir haksızlık olmasının nedeni ise, Davud'un Tanrı'nın bir uyuğu olması ve Tanrı'nın, doğal hukukla, bütün adaletsizlikleri yasaklamış olmasıdır.*"<sup>26</sup> Hob- bes, kaynağı Tanrı olan bir ilahi yasayı, evrensel ve değişmez, bütün insanların tabi olduğu doğa yasasını kabul ediyordu. Bu anlamda egemenin yasasının buna uygun olması gerektiğini de söylüyordu. Ancak Hobbes, ilahi yasayı ilan eden kişinin yetkisinden, onun ilahi yasayı doğru beyan edip etmediğinden asla emin olunamayacağını da teslim ediyordu. "*Kutsallık taklit edilebilir*"<sup>27</sup> diyerek ifade ettiği bu durum, bu taklit edilebilme tehlikesini belki de tek bir yere, devlete toplamış oluyordu. Kutsal kitapların ancak devlet otoritesiyle yasa hükmü olabi- leceğini kabul etmesi,<sup>28</sup> hukukun maddi kaynağının ilahi olabileceğini, fakat bu- nun ancak egemen eliyle pozitif hukuka dönüşebileceğini ifade ederek, egemene hukuku ilahi kaynaktan olmayacak bir şekilde içeriklendirebilme kapısını açmış oluyordu. Bu yeni akıl yürütme, egemenin Tanrı'ya olan sorumluluğun halk tara- fından hesap sorulamaz bir kişisel sorumluluk haline getirilmesi anlamını doğu- ruyordu. Yani Hobbes, hukuku dinsel kaynaktan koparıp beşeri iktidara verirken aslında hukukun üstünlüğünü temelsiz ve bireyi de güvencesiz bırakmış oluyor-

<sup>24</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti, s. 122.

<sup>25</sup> TAMANAHA, s. 52.

<sup>26</sup> HOBBS, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, YKY Yay., 6. b., İstanbul, 2007, s. 157.

<sup>27</sup> HOBBS, s.203.

<sup>28</sup> HOBBS, s.472.

du.<sup>29</sup> Bireyin sözleşme sonrasında elindeki tek imkan, yaşam haklarına bir tehdit yöneldiğinde direnme haklarıydı.<sup>30</sup> Bu düşünsel kısırdöngüden çıkma yolunu Locke, egemeni de sözleşmenin tarafı yaparak ve yasamayla yürütmeyi ayırarak gösterdi. Buna göre devletin halkı oluşturanların yaşamları ya da servetleri üzerinde bir keyfiligi söz konusu değildir. Çünkü devletin iktidarı, halkın ona verdiği ile sınırlıdır. Bu iktidar, adalet dağıtmak yükümlülüğünü çıkar yüzünden yanlış aktarabilir ya da ya da yanlış uygulayabilir diye, ilan edilmiş ve kurumsallaşmış yasalar şarttır. Bununla birlikte yasa yapma iktidarına sahip organın yasayı kendi özel çıkarına uydurmaması için de yasaların yürütülmesini gözetlemesi gereken bir iktidar öngörür.<sup>31</sup> Ancak ne yasamaya sınırlama, ne yargıya bağımsızlık, ne de idareye karşı bir yargısal denetim mekanizması öngörmüştür.<sup>32</sup> Kuvvetler ayrılığını, hukukun üstünlüğü altında yaşanan bir hayat olarak özgürlüğün garantisi olarak, Montesquieu formüle edecektir: “... kendisine yetki verilen her insan bu yetkiyi kötüye kullanmaya eğilimlidir; bir sınırla karşılaşınca kadar kötüye kullanmaya devam eder... İktidarın kötüye kullanılmaması için... iktidarın bizzat iktidarı durdurması gerekir.”<sup>33</sup>

17-18. yüzyıllarda ortaya çıkan liberalizm, ekonomik, kültürel, etik yönleriyle çok boyutlu bir kavramdır. Konumuzun bağlamı doğrultusunda, hukukun ve devletin kökeninin bulunduğu sosyal sözleşme geleneğine odaklanılacak olursa, indirgemeci olmak pahasına denilebilir ki özgür insanların barış içinde bir arada yaşamalarını sağlayan şey, müştereken yaptıkları bağlayıcı bir sosyal sözleşme ile oluşturdukları hukuki düzendir. Bu hukuki düzene uyma zorunluluğunun kaynağı artık Tanrı ya da doğal hukuk değil sözleşmecî bireylerin özgür rızalarıdır. Bu özgürlüğe, her bir rızanın eşit değerinde olduğu fikri eşlik eder. Bireyler tesis edilen hukuki düzene uymaya rıza gösterirken de, o hukuki düzen karşısında/tarafından yaptırıma tabi tutulurken de eşittirler. Bu eşitliği sağlayacak olan da, yönetimin kendileri karşısında nötr olmasıdır. Bu noktada Tamanaha, hukukun üstünlüğü kavramının Antik Yunan-Roma ve Ortaçağ kökenlerindeki şeklinde, bireyi değil kralların sınırı aşma ihtimaline karşı topluluğu koruması esassen; liberal dönemde kavramın eşitlik yoluyla/ ön şartıyla bireysel özgürlüğü korumak için var olduğunu vurgular.<sup>34</sup> Ancak iki liberal değer olan eşitlik ve özgürlüğün aslında bir gerilim halinde bulunduğu, eşitliği sağlamak

<sup>29</sup> WAGNER, Peter, *Modernliğin Sosyolojisi*, Çev. Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2005, s. 89 vd.

<sup>30</sup> HOBBS, s.99, 104, 161.

<sup>31</sup> LOCKE, John, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, Ebabil Yay., 2.b., Ankara, 2012, s.88-96.

<sup>32</sup> TAMANAHA, s. 83.

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev. Doç. Dr. Şevki Özbilen, Seçkin Yay., Ankara, 2014., s.173.

<sup>34</sup> TAMANAHA, s. 60, 61.

için özgürlüklerin kısıtlanmasının gerekebileceği de hukukun üstünlüğünün bir kriz noktası olarak belirlemektedir.<sup>35</sup> Monarkın tanrısal hukuk ile sınırlandığı erken hukukun üstünlüğü düşüncesinden sonra, inançtan bağımsız evrensel akli/ahlaki ilkeler formüle etmek isteyen Aydınlanma düşüncesine de inançla değil ama kısmi iradeler ve tutkular değişkenleriyle romantikler ile, haz değişkeniyle faydacılar tarafından karşı çıkmıştır. Bunlarla birlikte hukukun üstünlüğü- hukuk devleti farklılığının ana eksenini oluşturan değişken olarak, ahlaki ilkelerin göreceliği ve tartışmalı karakteri karşısında liberalizm açısından hukuk kavramının usulle sınırlandırılması fikri öne çıkmıştır.<sup>36</sup> Usuli eşitlikle sınırlanan, devletin kendisinin bir “iyi” seçmediği, çeşitli iyiler karşısında tarafsız olmasını gerektiren, ancak bunlar birbirine şiddet uygularsa yaptırım uygulayan bu yeni sistem, ortak bir amaca yönelmiyor ya da bir temel değerden kaynaklanmıyor, insanların birbirlerinin farklı amaç ve değerlerine karışmadan yaşamasını sağlamayı vaat ediyordu.<sup>37</sup>

### Rule of law

Hukukun üstünlüğü / *rule of law* kavramının bir terim olarak literatüre girmesi, İngiliz Anayasa hukukçusu A.V. Dicey etkisiyle gerçekleşmiştir. Dicey, 19. yy. İngilteresi bağlamında hukuk devleti kavramını formüle ederken hukuki eşitlik fikrini eksene almıştır. Hukuk devletinden söz edebilmek için Dicey’e göre olağan mahkemeler, olağan kanunlar ve toplum düzeninde hukuki ruh, yani anayasanın düzenlenmesinde geleneklerin rolü gereklidir. Bu üç asgari ilke, bireyin güvenli, kendisinin ve başkalarının davranışlarının sonuçlarını öngörebileceği şekilde yaşama olanağı sağlar.<sup>38</sup> Bununla birlikte hukuk devleti için mesele sadece bireylerin kişisel hukuk güvenliklerini değil toplumsal meşruluğun tümünü temellendirmek olduğu için idarenin yasalara bağlanması önemlidir.<sup>39</sup> İngiltere *common law* sisteminde hukuk esasen parlamentonun yasalarıyla değil mahkeme kararlarıyla şekillenmiştir. Dicey’in anlayışına göre yöneticiler dahil herkes mahkemeler karşısında aynı sorumluluğa sahiptir. Bunun Kıta Avrupası’ndan ayırt edici bir özellik olduğunu söyleyen Dicey, bu bağlamda taraflar arasında eşitsizlik yarattığı için idare hukukuna karşıdır.<sup>40</sup> O, yasama eliyle oluşmakta olan hukukun, parlamentonun üstünlüğünü öne çıkarmış, bununla birlikte mahkemelerin hukuk yapması anlamında bir “yargısal yasama” yaklaşımıyla bir çeşit uzlaşa sağ-

<sup>35</sup> TAMANAHA, s. 68.

<sup>36</sup> TAMANAHA, s. 72.

<sup>37</sup> TAMANAHA, s. 74.

<sup>38</sup> DICEY, A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillan Co Ltd., 10. b., London, 1959, s. 34.

<sup>39</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti, s. 128.

<sup>40</sup> DICEY, s. 188-195.

lamıştır. Yargı, liberal düzenin güvencesi olmayı sürdürecektir, yasamanın liberalizmin sınırlarını aşan yasalar yapmasını engelleyecektir.<sup>41</sup> Bu, bir taraftan da parlamentonun yasayı çıkarmasından sonra yasanın mahkemeler tarafından “geçmişin derinliklerinden süregelenmiş olan özgürlükle ilgili yüce geleneklere göre” yapacakları hukuksal yorum konusu haline gelmesi ile mümkün olacaktır.<sup>42</sup> Çünkü burjuvazi yükselirken, bir tarafta iktidar sahibi monark, bir tarafta onun gücünü sınırlayan hukukun mevcudiyeti yanında, söz konusu hukukun uygulayıcısı olan kişilerden oluşan, iktidarı kendinden menkul bir profesyonel hukukçular sınıfı da kristalleşmişti.<sup>43</sup> Dicey de, idarenin keyfi ya da sosyal refah devleti eğilimleri doğrultusunda kullanacağı inisiyatiflere karşı yargının üstünlüğünü öngörmekle birlikte, mahkemelerin sadece hukukun araçları, yargıçların hukukun gerektirdiği şeyleri ilan eden kişiler olduğunu söylüyordu.<sup>44</sup>

Ortaçağ’da geçerli hukuku tanımlamak için, bugünkü anlamda kamu hukukuna yakın bir kavram olan “temel hukuk” ile, parlamentonun, idari makamların ve mahkemelerin ilan edip uyguladıkları hukuku ifade eden, bugünün medeni hukukuna karşılık gelebilecek olan “sıradan hukuk” kavramları kullanılıyordu.<sup>45</sup> Dicey’in keyfi iktidarın karşısında üstün olduğunu formüle ettiği hukuk, sıradan hukuktü. Hukuk önünde eşitlik de, sıradan hukuk mahkemelerinde görülen davalarda eşitlik anlamına geliyordu. Bu bağlamda Anayasa da ülkenin sıradan hukukunun ürünü oluyordu. Kamu hukuku- özel hukuk ayrımının kabul edilmediği Anglo Sakson hukuk dünyasında anlamını bulan bu yaklaşım, klasik liberalizmde “hukuk ile yönetmek” olarak ifade edilen yargının üstünlüğüdür.<sup>46</sup>

## Due process

Anglo Sakson dünyada hukukun üstünlüğü (rule of law), Alman hukukunda hukuk devleti (rechstaat) olarak ortaya çıkmış ve tartışılmış olan kavramın Amerikan hukukundaki karşılığı due process kavramıdır. Bu kavram, Amerikan Anayasası Ek 5 ve 14. Maddelerinde düzenlenmiş olan “hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın; yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceği” ilkesinden kaynaklanmaktadır. Adında da, bu ilk düzenlendiği içerikte de prosedüre uygunluk vurgusu olsa da süreç içinde maddi bir içerik de kazanmıştır.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti 129.

<sup>42</sup> BURNS, Edward McNall, Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950, Çev. Alaeddin Şenel, Birey ve Toplum Yay., 2. Bası, Ankara, 1984, s.13.

<sup>43</sup> TAMANAHA, s. 53.

<sup>44</sup> TAMANAHA, s.104.

<sup>45</sup> LOUGHLIN, s.13.

<sup>46</sup> LOUGHLIN, s. 269.

<sup>47</sup> ALTIPARMAK, Kerem, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, C.45, S.1-4, Ankara, 1996, s.219.

Söz konusu iki maddede, hem federal devletin hukuka uygun davranması hem de federe devletlerin de kişileri hürriyet, mülkiyet ve yaşam haklarından usulüne uygun olmayan şekilde mahrum edememesi düzenlenmiştir. Yapılan mahkeme işlemlerinin ve idari işlemlerin usulüne uygun şekilde muhataplarına tebliğ edilmesi ve tam ve adil bir duruşmayla yargılama yapılması, yasama organının da anayasadaki diğer hükümlere, “atalardan kalan İngiliz ortak ve yazılı hukukuna” uygun usullerle hareket etmesi gerekir.<sup>48</sup>

Due process kavramının da hukuk devletinin diğer görünümünden bağımsız olmayan bir tarihsel seyri bulunmaktadır. Kaynağını İngiltere’den Magna Carta’dan alan due process, Kolonistler tarafından Amerika’ya taşınmıştır ve hem kamu hukuku hem özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanagelmıştır. Kavramın yazılı düzenlemesi usuli bir güvenceye özgü olup, maddi içeriği içtihat yoluyla oluşmuştur.<sup>49</sup> Esasen due process de temelde hukuk devletinin eşitlik ve güvenlik ilkesini ifade etse de, Amerikan siyasi, toplumsal ve hukuki yapısına dair pek çok şey gibi Amerika’ya özgü ırkçılık ve kölelik olgularıyla ilişkili olarak kavramsallaşmıştır.<sup>50</sup>

## Hukuk devleti

Antik Yunan ve Roma, feodal ortaçağ, Rönesans ve Aydınlanma süreçlerinde, henüz devlet, hukuk, egemenlik, vatandaş gibi terimlerin içerikleri modern ve ortak anlamlarına kavuşmamıştı. Antikçağ ve Ortaçağ doğal hukuklarında hukukun üstünlüğü, yönetene/pozitif hukuka üstün olan bir aşkın hukuka işaret ediyordu. Bu aşkın doğal hukuk, yönetenin tabi olduğu sınırı göstermekle birlikte, onun nasıl yasa koyacağı- yöneteceği- eyleyeceği ile ilgili bir içerik de öngörüyordu.<sup>51</sup> Doğal hukukun 17-18. yüzyıllarda doğal haklar kuramına evrilmesi, bir yönüyle, “hukuk” olan çoğul ve bütünsel aşkın doğal otoritenin, “haklar”a bölünerek, bireylere “indirilmesi” olarak da değerlendirilebilir. Toplum sözleşmesi yaparak medeni hayata geçme iradesini ortaya koyan birey, bu şekilde, tabi olacağı hukukun yaratılmasına dahil oluyordu ve bu da hukukun üstünlüğü kavramının yeni ve kurumsal bir anlam kazanmasının yolunu açıyordu. Liberal hukuk devleti, özgür, hukuken eşit ama iktisadi ve dolayısıyla fiili olarak eşit olmayan bireyler için öngörülebilir bir hukuk uygulaması ve hukuk “güvenliği” “sağlamıştı.”<sup>52</sup>

<sup>48</sup> ALTIPARMAK, s. 221.

<sup>49</sup> ALTIPARMAK, s.224.

<sup>50</sup> ALTIPARMAK, s. 226.

<sup>51</sup> SCHMİTT Carl, Liberal hukuk Devletin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres yay., 2008, s.119-148.

<sup>52</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 201.

Özcan, hukukun üstünlüğü bağlamı içine yerleştirdiğimiz rule of law ve due process kavramlarının yaşam, özgürlük ve mülkiyet temel haklarını korumaya yönelik, özel hukuk bakış açılı bir sistemi ifade ettiği; buna karşılık hukuk devleti olarak rechtstaadta yasamanın ağırlıklı ve toplumun bütününe refahının esas olduğu tespitini yapmaktadır.<sup>53</sup>

## Rechstaat

İlk kez Almanya'da kullanılmış olan hukuk devleti terimi (rechstaat) ise, devlet adı verilen siyasi iktidar biçiminin yaptığı her şeyin hukuka uygun olması gerektiği ve bu şekilde vatandaşların hukuk güvenliğine sahip olması anlamını taşır. Vatandaşların kendi onaylamadıkları hiçbir yasaya itaat etmeme özgürlüğü olarak ifade edilen kavramın ilk izini Kant'ta bulmak mümkündür.<sup>54</sup> Kant, yasaların yapımına katılabilecek yurttaşları çeşitli şekillerde belirlemiş, kadınlar ve erkekler için farklı ölçütler öngörmüş, vatandaşlığı aktif ve pasif olarak ikiye ayırmıştır. Bu belirlemeler yasa karşısındaki durumunu bilen, eşit ve özgür insanlardan oluşan bir model oluşturmuştur.<sup>55</sup> Hukuk devleti bu şekliyle belli bir siyasi rejime karşılık gelir ve Kelsen bu rejimin içeriğinin "demokrasi ve hukuk güvenliği" olduğunu söylemiştir. Devletle hukuku özdeşleştiren Kelsen, bu anlamda hukuk devleti teorisinin, meşruiyet kaynağını metafizik/dinsel temelden kurtarmak için devleti hukuk yapan kurum olarak kurduğunu, bunun da ideolojik bir içeriğe karşılık geldiği tespitini yapar.<sup>56</sup> Buna göre devlet, kendisini sınırlayacak, kendisinden üstün bir egemene tabi olmamalıdır. Yani devlet, ne devlet öncesinin niceliksel olarak daha basit organizasyonlarına ne de uluslararası toplulukların merkezi olmayan yapısına benzer. O, bunlardan nitelik olarak da farklıdır. Devletin devlet olmaklığı, koyduğu bir takım kurallara vatandaşların uymasını beklemesi, uyulmadığında da yaptırım uygulaması şeklinde belirmez. Devlet, kendi organlarına, resmi görevlilerine de hukuka aykırı hareket halinde cebir kullanan bir idari aygıttır.<sup>57</sup> Kuşkusuz bu önemli bir kırılma noktasıdır. Hukuki pozitivismin hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesini öne çıkararak ortaya koyduğu bu yaklaşım, iktidarın keyfi olarak, istediği şekilde ve istediği zaman uygulanacak kurallar yapabildiğini engelleyen bir normatif sistem öngörüyordu. Artık devlet organlarının memurları eliyle gerçekleştirileceği keyfi düzenleme ve uygulamaların sınırı, kim olduğu belirsiz bir "üst mercii"

<sup>53</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 227.

<sup>54</sup> KANT, Immanuel, Ahlakın Metafizik Hukuk Öğretisi, Çev. Altan Heper, Fol Yay., ANKARA, 2022, s. 168, 169.

<sup>55</sup> ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yay., İstanbul, 2014, s. 198.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans, Saf Hukuk Kuramı, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yay., İstanbul, 2016, s. 123.

<sup>57</sup> KELSEN, Saf Hukuk Kuramı, s. 128, 129.

bariyeri değildi. Kaldı ki bu duvarın keyfi düzenleme ve uygulamaları gerçekleştiren egemeni ne şekilde durduracağı da hiçbir zaman apaçık olmamıştı.<sup>58</sup> Söz gelimi hukuku ihlal eden kralın “halkı tarafından terk edilmeye mahkum”<sup>59</sup> olması soyut bir tespitten başka bir şey değildi. Bu şekliyle hukuki pozitivizmin hukuk devleti, keyfi davranışlara karşı hesap sorma yetkisini, liberal kapitalizmin ihtiyaç duyduğu özgür ve eşit bireye veriyordu. Liberal kapitalist hukuk devleti, ulus devlet çatısı altında kavramlaşmıştır. Diğer yandan, bu devlet biçiminin esasen, sermayenin olabildiğince özgür ve güvence altında dolaşabilmesini sağlayacak bir mekanizma olduğu çeşitli bakış açılarından çeşitli açıklamalarla ortaya konmuştur. Bu bağlamda modern zamana ait özgün bir kavram olarak hukuk devletine, daha önceki iktidar biçimlerinin keyfilikliğini önlemek için var olduğu kabul edilen aşkın sınırın belirsizliğini - bu vesileyle sınırın kendisini- ortadan kaldırmak için inşa edilmiş bir truva atı gözüyle bakmak da mümkündür. Ancak bu çalışmada hukuk devleti kavramı ve uygulamalarına yapısökücü bir eleştiri getirmek niyetinde olunmayıp; tam tersine, ancak bu tarihsel ortaya çıkış koşullarının farkında olunarak bu truva atı işlevini yerinden çıkarmanın mümkün olduğu düşünülmektedir.

Devleti hukukla özdeşleştirerek egemenliği kişiden alıp normatif yapıya veren Kelsen’e alternatif bir okumayla, egemeni karar vericide somutlaştıran Schmitt de hukuk devleti kavramını anlamak için önemli bir diğer isimdir. Schmitt, devletin mutlak kudretinin meşruiyetini, onun hukukun ne olduğuna karar vermesi ve bu kararın daha yüksek bir merciin denetimine tabi olmamasıyla açıklamıştır. Buna göre modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, örgütsel modelini Kilise’den almış olduğu dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır. Kelsen hukuk devletini saf hukuk kuramı ile açıklıyor idiyse, Schmitt’te söz konusu olan saf siyasal kuramdı. Schmitt, ilahi kuvvetteki siyasi gücü gerçekten ilahi olanın elinden alıp o aşkın belirsizlikten kurtararak hukuk devletine ulaşıyordu.<sup>60</sup>

Hukuk devletinin aşkın bağlarından kopmasıyla ortaya çıkan soruyu da Jhering formüle edecekti: “Devletin üstünde bir güç olmadığına göre devlet iktidarı nasıl sınırları belli bir oluşum olmaya tabi tutulabilirdi?” Bu soru, kendi kendini sınırlandırma kavramıyla cevap bulmuş ve yirminci yüzyıl Alman hukukunda formel pozitivizm olarak hakim olmuştur. Bu da fiilen ancak idarenin sınırlandırılabilirdiği, yasamanın ise sınırsız olduğu bir hukuk devletidir ve rule of law karşısında daha sınırlıdır. İkinci Dünya Savaşı sürecinden sonra bu sakıncanın ortadan

<sup>58</sup> BERMAN, Harold J., Hukuk ve Devrim: Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Çev. Kivilcim Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020, s.417.

<sup>59</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergiz, Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2021, s.60.

<sup>60</sup> SCHMITT Carl, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev.. Emre Zeybekoğlu, Dost Yay, 2. bası, Ankara 2005, s. 37, 41.

kaldırılması için öngörülen Federal Anayasa Mahkemesi de bugüne uzanan şekli-maddi hukuk devleti tartışmalarına alan açmıştır.<sup>61</sup>

### L'État de droit

Hukuk devletinin Kıta Avrupası'ndaki diğer karşılığı da Fransız modelidir (l'État de droit). Bu model de, devrim sonrasında genel irade anlamına gelen yasamanın nasıl bir hukuka tabi olacağı sorgulamasının zemini olmuştur. Şekli- maddi hukuk devletine benzer şekilde burada da tartışma, kanun devleti- hukuk devleti (l'État legal- l'État droit) ayrımı arasında söz konusu olmuştur. Her iki kavram çifti arasındaki tartışmada da meselenin sadece idarenin hukuka uygun hareket etmesini mi sağlamaktan ibaret olacağı, yoksa yasamaya da bir takım sınırlamalar mı getireceği olduğu fark edilmektedir.<sup>62</sup> Bunun da hukuk felsefesinde pozitivist ve pozitivist olmayan bakış açıları arasındaki farka denk düştüğü söylenebilir. Dolayısıyla hukuk devleti kavramının kendi içindeki tartışma zemini, kavramın hukuki pozitivistlerce ya da pozitivist olmayanlarca sahiplenil(e)mediğini, hepsi tarafından farklı değişkenlerce yüceltilip savunulduğunu, bir ölçüde slogan aracı olarak kullanılabilirdiğini göstermektedir.<sup>63</sup>

### ŞEKLİ - MADDİ HUKUK DEVLETİ AYRIMI

Hukukun, anayasanın, yasaların, aşağıya doğru bütün düzenleyici işlemlerin vaadi, bu kurallara tabi olan kişilere güvenli bir alan sağlamak, ne yaparlarsa- ya da ne yapmazlarsa hangi yaptırımla karşılaşacaklarını- ya da karşılaşmayacaklarını önceden bildirmektir. Bu bilginin sağladığı güvence, kişinin kendi davranışları için olduğu kadar başkalarının davranışları ve en çok da iktidarı karşısında hukuktan başka sınımlanacak bir liman bulunmayan devletin davranışları için de geçerli olduğunu bildiği ölçüde gerçektir. Hukuk, davranışları sınırlar. Devletin davranışları, yasama yürütme yargı fonksiyonlarının işlemleriyle belirir. Peki bunların sınırlanması ne demektir? Devletin sınırlanması ne demektir? Bu sınırı koyan hukuksa ve hukuk da devletin bir enstrümanı/ fonksiyonu/bileşeni ise devlet kendi kendini mi sınırlamaktadır, yoksa bu sınırlama bir illüzyondan mı ibarettir? Bu sınırlamayı fiilen uygulayacak/denetleyecek olan yargı, bu durumda devletin dışında ya da bir kısmı dışarıda kalacak bir kesişim kümesinde mi tanımlanacaktır? Peki devletin sınırlanması, idarenin insanlara nasıl muamele edeceği- onları nasıl yargılayacağı- eşit davranma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini denetlemekten mi ibaret olacaktır? Yoksa sınırlama, yasamanın yaptığı düzenlemelerin içeriğini, insanların neyi yapıp neyi yapamayacaklarına ilişkin olmak üze-

<sup>61</sup> LOUGHLIN, s. 271-272.

<sup>62</sup> LOUGHLIN, s. 273.

<sup>63</sup> LOUGHLIN, s. 275.



re maddi düzeyde denetlemeye imkan verecek midir? Yukarıda iki farklı şekilde ortaya çıkmış hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarının birbirini yerine kullanıldığından söz edildi. Basitçe formüle ettiğimiz bu soruların cevabı, hangi yaklaşımın temel ilke olarak benimsendiğine göre değişecektir.

Hukuk devleti kavramı tartışmaları bu tarihsel sürecin bilgisi ışığında bugün şekli-maddi hukuk devleti anlayışları bağlamında yapılmaktadır.

### Şekli hukuk devleti

Şekli hukuk devleti, hukuk kurallarının maddi içeriğine, hangi olması gerekeni içerdiğine dair değerlendirmenin yapılmadığı, kuralların taşınması gereken şekli niteliklerin belirleyici olduğu hukuk devleti anlayışıdır. Bu şekli niteliklerin içine temel olarak kuralların vaz edilmesi ve kaldırılmasına dair usul kuralları ile yargılama kuralları girer. İlkel düzeyde de genellik, geriye yürümeme, eşitlik, kazanılmış haklara saygı, kuvvetler ayrılığı gibi iktidarı sınırlayan ilkeler de şekli hukuk devleti anlayışı kapsamındadır.<sup>64</sup>

Gelenek olarak hukukun üstünlüğü anlayışına daha yakın olduğu ve yasama-nın rolünü ikincileştirdiği görülen şekli hukuk devleti anlayışı, yine de ne buna indirgenemez. Nitekim hem Anglo Sakson dünyadan hem Kıta Avrupası'ndan, bununla birlikte hukuki pozitivistlerden de doğal hukukçulardan da şekli hukuk devleti anlayışının taraftarları bulunmaktadır. Örneğin Lon L. Fuller, A.V. Dicey, Joseph Raz birbirlerinden farklı bakış açılarından şekli hukuk devleti yaklaşımını esas alırlar. Fuller'in temelde kanun yapma sürecine ilişkin olan, yasakoyucunun uyması için öngördüğü sekiz ilke, keyfiliğin önlenmesi, ve hukuk güvenliğinin sağlanması işlevlerini yerine getireceği için doğrudan hukuk devleti ile ilgilidir.<sup>65</sup> Raz'a göre hukuk devleti, hukuk sisteminin sahip olması gereken değerlerden biridir. Hukuk devletinin iki boyutu, insanların hukukla yönetilmesi ve hukuka uymaları gerekmesi ile hukukun insan davranışlarına yön verebilecek durumda olmasıdır. Asıl belirleyici ve tartışmalı olan, Raz'ın hukukun insan davranışlarına yön verebilir niteliğini nasıl açıkladığıdır. Buna göre hukuk kuralları ancak şekli bir takım ölçütlere uygunsuzsa insan davranışlarına yön verebilir durumda olur. Raz, hukuk kurallarından ahlaken iyi bir içerik beklenemeyeceğini, bu anlamda hukukun ahlaki açıdan nötr olduğunu ve potansiyel olarak kötü amaçlar için de kullanılabileceğinin farkında olduğunu söyler.<sup>66</sup> Farklı tarihsel dönemlerden isimler olarak Dicey ve Hayek için devletin maddi adaleti gerçekleştirmek uğruna ekonomik hayata müdahale etmesi

<sup>64</sup> AKTAŞ, s. 9.

<sup>65</sup> AKI, E. İrem, Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme, AÜHFD, 64 (1), 2015, s.21.

<sup>66</sup> RAZ, Joseph, Hukuk Devleti ve Erdemi, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed.. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yay. Ankara, 2008, s. 150.

kabul edilemez. Bu müdahale, devletin hukuk devleti olmasını sağlamamakta, hukukiliğinin azalmasına sebep olmaktadır. Ancak ekonomik hayatın kendiliğinden işleyebilmesi de bireylerin özel haklarının yasalarla korunmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu iki isim, şekli- maddi hukuk devleti ayrımında mutlak bir sınır çizilemeyebileceğinin örneğini oluşturmaktadır.<sup>67</sup>

Şekli hukuk devleti, kuralların genellik, kesinlik, açıklık gibi niteliksel özelliklere sahip olmasını gerektirmesinin yanında, bir aşamada demokrasiyi de hukuk devletinin bir şekil şartı olarak öngörür. Demokrasi, kuralların içeriğiyle ilgili bir şey söylemeyen, en fazla bu içeriğin nasıl doldurulacağını tespit eden bir yöntemdir. Ancak tam olarak hangi biçiminin kast edildiği bilinmeden kutsallaştırılan hukuk devleti kavramı gibi, demokrasinin de eleştiriden muaf bir dokunulmazlığı olduğunu söylemek mümkündür.<sup>68</sup>

### **Maddi hukuk devleti**

Maddi hukuk devleti, hukuku oluşturan kuralların değerinin belirli bir içeriğe sahip olup olmamasına göre belirlendiği anlayıştır. Buna göre hukuk kurallarının taşıması ve gerçekleştirilmeyi amaçlaması gereken bazı değerler vardır. Bunlar belli bazı hak ve özgürlükler olarak belirir. Şekli hukuk devleti anlayışı, hukuku siyasi alanın dışında bırakmaya çalışmış, hukukun içeriğiyle ve gerçekleştirilmesi gereken değerlerle ilgili tartışmayı siyasi alana bırakmıştır. Maddi hukuk devleti anlayışında ise yasakoyucu, şekli hukuk devletinin ilkelerine ek olarak hukuk kurallarını içeriksel bir değerlendirmeye tabi tutar.<sup>69</sup> Bu içerik, kanunların bireysel hakları sağlaması, insan onuru veya daha genel anlamda adaleti, ya da sosyal refahı gerçekleştirilmesi gerektiği şeklinde belirebilir.<sup>70</sup>

Şekli hukuk devletinin, içerikle ilgili hiçbir kaygı gütmeyen gerçekleştirildiğinde, bugün “hukuka aykırı” olduğu düşünülen pek çok şeyin hiç de “keyfi olmayan” şekilde uygulanmış olduğu, tüm bu işlemlerin “mevzuata uygun” oldukları gerçeği karşısında hukuk devletinin başka şekilde içeriklendirilmesi gerektiğini doğurduğu öne sürülmüştür. 2. Dünya Savaşı ve Nazi hukukuna karşılık gelen dönemde söz konusu dönüşüm, Anayasa’ya insan onuru, eşitlik, özgürlük gibi genel ilkelerin konulması ve kanunların bunlara uygunluğunu denetlemek için anayasa yargısının kurumsallaştırılması ile gerçekleştirilmiştir.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk...*, s.113.

<sup>68</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi- Şekli Hukuk Devleti Ayrımı, Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 112.

<sup>69</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk ...*, s. 111.

<sup>70</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk ...*, s. 113.

<sup>71</sup> UYGUN, Oktay, *Hukukun Üstünlüğü İlkesi*, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.534.

Aslında bir başka şekilde formüle edilecek olursa, hukukun üstünlüğüne karşılık gelen yargısal denetim, devletin idari fonksiyonunu, yürütmede cisimleşen iktidarını kontrol altında tutmak anlamına geliyordu. Esasen bu konuda ilerleyen zamanlarda da bir tartışma söz konusu olmamış ve hukukun üstünlüğü/hukuk devletinin mahiyetiyle ilgili olarak bu aşama zaten verili kabul edilmiştir. Ancak yasama işlemlerinin “hukuka” uygunluğu meselesi, denkleme demokratik meşruluk, temsili demokrasinin niteliği, kurucu- kurulmuş iktidar gibi değişkenleri de katarak tartışılmalıdır.<sup>72</sup>

Hukuk devletinin anlaşılması için kavrama verilen anlamlarla ilgili olarak dilsel bir nüans da terimi oluşturan bu iki kelimeyle oluşmuştur. “Rule by law”, hukukun, hükmetme işinin yürütülmesindeki ana araç olduğunu ifade eder. Buna göre devlet, anayasanın ürettiği bir oluşumdur ve bir hukuk devleti bir yasama devletidir. Bu, hukuk devleti kavramının kurallar sistemi olarak geliştirildiği, demokrasi ya da sosyal adalet değerlerine genişlemeyen (hatta bu sebeple diktatörlüklerle bile uyumlana-bilen) içeriğidir.<sup>73</sup> “Rule of law”, yani bizzat hukukun hükmetmesindeki nüans ise meşru siyasi iktidarın koşullarını betimliyor olmasıdır. Bunun için anayasal kurallar setiyle devlet işlemleri tamamen kurumsallaştırılarak kişisel tekelleşmelerden uzak tutulacak, devlet gücü ayrışıp dağıtılmış olacak, devlet otoritesini fiilen icra edenler de bu kurumsallaşmış düzeni yıkmamak niyetine sahip olacaklardır.<sup>74,75</sup>

Hukuk devletinin hangi bağlamı esas alınırsa alınsın, hukukun temelde bir kurallar bütünü olduğu bilgisinden hareketle, üstün olan, hükmeden ya da onun aracılığıyla hükmedilen kuralların hangi kurallar olduğunun tespiti önemlidir. Bu bağlamda çeşitli düşünürlerce de kullanılmış olan satranç oyunu örneği üzerinden kurucu ve düzenleyici kurallar ayrımı işlevsel olabilir. Taşların nasıl hareket edeceğini gösteren kurallar düzenleyici kurallardır. Ona uyacak olanlar satranç masasına oturmuş olanlardır. Kurucu kurallar ise satranç oyununun kurum olarak kendisini yaratan kurallardır. Düzenleyici kurallar, mevcut kurucu kurallar tarafından yaratılmış olan iktidar ilişkilerine sınırlama getiren kurallardır. Kurucu kurallar ise satranç oyununu mümkün kılan kurallardır.<sup>76</sup> Bu metafor üzerinden,

<sup>72</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yay., 14. Bs. İstanbul, 2019, s. 20.

<sup>73</sup> LOUGHLIN, s. 282-283.

<sup>74</sup> LOUGHLIN, s. 284.

<sup>75</sup> Gerald Postema, bu kelimeleri farklı bir şekilde dizmiştir. “Rule of law” tamlamasında “rule” isminin başta olması, hukukun oluşturduğu, kurulmuş bir nizamı çağrıştırırken, yazar kitabına isim olarak “Law’s rule” şeklinde bir tamlama kullanmıştır. Bu kullanımda “rule” ismi hukuka iyelik ekiyle bağlanmış; böylece hukuk, kural koymak ya da düzen kurmak eylemine devam eden bir özne olmuştur. POSTEMA, Gerald J., Law’s Rule, The Nature, Value, and Validity of the Rule of Law, Oxford University Press., New York, 2022.

<sup>76</sup> LOUGHLIN, s. 285.

hukuk devleti, anlamının kurucu kurallar üzerinden mi düzenleyici kurallar üzerinden mi verileceği ile tanımlanabilir. Loughlin, siyasi alanda pek çok anayasal kuralın kurucu olmadığı tespitini yapar. Bu kurallara itaat edip etmeme ya da onları değiştirme meseleleri, oyunu oynayıp oynamamaya dair değildir. Bu bağlamda hükmedenlerin kabul ettikleri kurallara uyma nedeni, oyunun parçası olma iradesi ile açıklanabilir.<sup>77</sup>

## DİN DEĞİŞKENİ

### Hukukun kaynakları

Hukuk devleti kavramı, tarihsel süreç içinde temel olarak yukarıdaki değişkenlerle tartışılıp ortaya konulmuştur. Elbette hukuk biliminin, hukuk felsefesinin ve siyaset biliminin pek çok spesifik konusunu hukuk devletiyle ilişkisi bağlamında ele almak mümkündür. Bu anlamda hukuki pozitivistizmin kaynaklar tezi de günümüz hukuk devleti tartışmalarında ihmal edilmemesi gereken tartışma zemini olmalıdır.

Hukuki pozitivistizmin hukukun unsurlarına dair açıklamalarında ahlaki öğelerin kapsanıp kapsamayacağına dair kaynaklar tezi, kapsama tezi ve uyumluluk tezi söz konusudur. Kaynaklar tezine göre hukuk, hukuk olmak için herhangi bir ahlaki değer biçme gerekmeksizin teşhis edilebilir olmalıdır. Bu bağlamda ahlaktan bağımsız şekilde teşhis edilmesi beklenen hukuk, hem sistemin kavramsal bütünü hem de mevzuat unsurlarını ifade etmektedir.<sup>78</sup> Raz, kaynaklar tezini açıklarken eleştirdiği Dworkin'in uyumluluk tezi kapsamındaki argümanında, hakimin hukuki faaliyet olarak hukuku değil aslında siyasi ahlakı teşhis ettiğini; Dworkin'in iddia ettiğinin aksine, aslında burada hakimin hukuku uygulamadığını, hukuk yarattığını ya da değiştirdiğini söylemektedir.<sup>79</sup> Hart'ın temsilcisi olduğu kapsama tezine göre de hukuku belirlemek için ana değişken olan tanıma kuralının geçerli kıldığı yasalarla birlikte ve ahlaki kurallarla ilkeler de hukuktur. Raz bu görüşü de eleştirmektedir. Tanıma kuralının içeriği henüz bilinmeyen herhangi bir ahlaki kural ya da ilkeye hukukiliğe dair bir nevi açık çek veremeyeceğini söyler. Hukukun yapacağı şey, ahlaki kural ya da ilkeleri somutlaştırmak, onlara eylem sebepleri olarak belirlilik kazandırmaktır.<sup>80</sup> Burada özne olarak hukuk, hem karmaşık bir yasakoyucu figürüyle hem de mahkemelerde somutlaşır. Her halükarda bir ahlaki ilkenin kapsamı ancak hukuk tarafından hükme bağlandığı-

<sup>77</sup> LOUGHLIN, s. 286.

<sup>78</sup> ARIKAN, Engin, Sert Pozitivistizm, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2019, s. 66.

<sup>79</sup> ARIKAN, s. 70, 71.

<sup>80</sup> ARIKAN, s. 73.

da hukuki otorite kazanır. Bir hukuk kuralının, uygulanmasını yükümlü kıldığı bir başka sistemin kuralı (ahlak kuralı ya da ilkeler) hukuk sistemine dahil olmuş olmaz.<sup>81</sup> Pratikte ahlaki ilkelerin yargılama sürecine dahil olması ve hükmü etkilemesi bakımından yumuşak pozitivizmle arasında bir fark yokmuş gibi görünse de, Raz'ın, hakimin ahlaki sebepleri değerlendirmesini hukuku uygulamak değil hukuk yaratmak olarak nitelendirmesi, aşağıda söz edeceğimiz, ahlaki ilkenin dini içeriğe sahip olması halinde önem arz edecektir. Çünkü kaynaklar tezi esas alındığında yasakoyucu ya da hakim, hukuk yaratıcısı olma sıfatını ve iktidarını hiçbir kıymeti kendinden menkul alana bırakmamış olmaktadır.

Hukuk devleti kavramının, şekli ve maddi pek çok başka kavramla birlikte değerlendirilip içeriklendirilip anlam kazandığı malumdur. Bunlardan en önemlilerinden olduğunu ve görece ihmal edildiğini düşündüğümüz hukukun kaynakları meselesi de, kaçınılmaz olarak hukukun yorumlanmasıyla iç içe bir konudur. Başlı başına bir alan ve tartışma konusu olan yorumun, çalışmamız bağlamında ve bakış açımız çerçevesinde önemi, yorum faaliyetinin nesnesinin aslında hukukun kaynakları tarafından belirlenmesidir. Raz'ın tanıma kuralının kapsamıyla ilgili yaptığı eleştiride, ahlaki ilkenin hukuk kuralında zikredilmesinin onu hukuk yapmadığı tespiti, tam burada anlamlıdır. Buna göre yorum faaliyeti bir yorum nesnesi gerektirir. Yorum nesnesi bir kaynağa muhtaçtır. Ahlak, kaynaktan bağımsız olduğu için yoruma konu olmaz, dolayısıyla ahlak hukuk olamaz.<sup>82</sup> Ama dinin kaynakları vardır, kendi normatif alanında kendi kuralları dahilinde yorumlanır, hukukla benzer dinamiklere sahiptir,<sup>83</sup> dolayısıyla hukukun dinsel bir kaynağın hukuk kapsamında yorumlanmasına alan açması ve bir taraftan da kendi üstünlüğünü muhafaza etmesi mümkün değildir. Hukuk devletiyle birlikte hukukun işlevinin artık “toplumu ahlaklı kılmak değil, bireysel dünyalara ait hale gelmiş ahlakları yaşanabilir kılmak” olduğu tespiti önemlidir.<sup>84</sup>

Bizim, onun kaynaklar teziyle ilişkilendirdiğimiz hukuk devletiyle ilgili Raz'ın kendi yaklaşımı, hukuk devletini sokaktaki insan için anlamıyla açıklamaktır. Buna göre hukuk sokaktaki insan için açık, genel ve görece istikrarlı olan kurallardan ibarettir. Maddi içeriği belli olmayan ve esasen maddi içerikten bağımsız olan bu şekli yaklaşım,<sup>85</sup> bir hukuk sisteminde belli bir ahlaki değer olmasını gerektirse de, hukuk devletinin bu negatif özelliği mutlak olmayan bir

<sup>81</sup> ARIKAN, s. 74.

<sup>82</sup> RAZ, Joseph, Otorite ile Yorum Arasında Hukuk Teorisi, Çev. Ertuğrul Uzun, Fol Yay., Ankara, 2022, s. 117.

<sup>83</sup> ARIKAN, s.115.

<sup>84</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti: Modern..., s. 123.

<sup>85</sup> UYGUR, Gülriş, Adalet ve Hukuk Devleti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 36.

değer oluşturur. Raz için hukuk devleti, diğer ilkeler arasında bir ilkedir ve bu bağlamda bir üstünlüğü ya da bir kutsallığı, dokunulmazlığı yoktur. Hukuk devleti, üzerine pek çok başka kavramın da eklenmesiyle karmaşık bir içeriğe sahip kılınmıştır.<sup>86</sup> Bu yaklaşımı bir çeşit eleştiri olarak kabul edersek, hukuk devletine atfedilen bu kutsal haleye yönelik başka eleştirel yaklaşımlar da bulunmaktadır. Örneğin Marksist eleştiri, hukukun üstünlüğünün egemen sınıfın, dolayısıyla sömürünün güvencesi olduğu,<sup>87</sup> hukukun politika olduğunu eksen alan Eleştirel Hukuk Hareketi de hukuk devletinin liberalizmin ayrıcalıklarını koruyup güçlendirmeye yaradığını<sup>88</sup> söyler. Bir görüşe göre de, özellikle milliyetçilik ve laiklik ilkeleri hukuk devletinin ideolojik gerekçelerle sınırlandırılmasına olanak sağlamaktadır.<sup>89</sup> Anayasa mahkemelerinin mevcudiyetine ve işleyişine yönelik bu eleştiri karşısında, tam tersi bir değerlendirmeyle, laikliğin hukuk devletinin ön şartı olduğunu ve ideolojik bir sınırlama olarak nitelenemeyeceğini ifade etmek, bunun anayasa mahkemelerinin yapısı ve işleyiş koşullarını tartışmaktan bağımsız bir ilke olarak benimsenmesi gerektiğini düşündüğümüzü belirtmek isteriz.

Hukukun yasakoyucunun iradesinden/sosyal kaynaklardan temellenmeyen ahlaki ilkeler içermesi ve bunun sebep olacağı belirsizlik görüşü karşısında, kaynaklar tezinin yasakoyucuya hukuku belirleme konusunda verdiği münhasır yetkinin, hukuk devleti ilkesinin önlemek istediği keyfiliği yasakoyucuya/egemenin fani iradesine verdiği mutlak ve sınırsız yetkiyle gerçekleştirdiği eleştirisi<sup>90</sup> bir tahterevallinin iki ucunda gibidir. Ancak söz konusu meşruiyetin ahlaki ilkeler yerine ilahi bir yerden kaynaklandırılması durumunda egemen, kendinden menkullüğü ve keyfiliği eleştirilen (ve tartışılabilen) dünyevi iktidarına bir de tartışılmayacak bir ilahi iktidarı eklemiş olacaktır.

## Hukuki çoğulluk

Hukuki çoğulluk, tek bir devlet çatısı altında birden fazla hukukun geçerli olmasını mümkün kılan bir kavramsal zemine işaret eder. Hukuki çoğulluğun farklı ülkelerde farklı yaklaşımlarla farklı uygulama biçimleri bulunur. Kavramın tarihsel olarak, sömürgeci devlet bir başka devlet üzerinde sömürge kurduğunda, kendi getirdiği hukukun yanında sömürge devletin yerel hukuklarının da uygulanmasına ve yaşamasına çeşitli sebeplerle izin vermesiyle ortaya çıktığı söyle-

<sup>86</sup> ARIKAN, s. 120.

<sup>87</sup> COLLINS, Hugh, Marksizm ve Hukuk, Çev. U. D. Tuna, Dipnot Yay., Ankara, 2016, s. 24.

<sup>88</sup> TAMANAHA, s. 121.

<sup>89</sup> TURHAN, Mehmet, Albert Venn Dicey'nin Hukuk devleti Anlayışının Işığı Altında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, nisan 2020, s.3256.

<sup>90</sup> UYGUN, s. 535.

nebilir. Yaşamasına ve uygulanmasına izin verilen, bir arada bulunan birbirinden farklı hukuki düzenlemeler daha çok özel hukuk alanıyla ilgilidir. Sömürgecilik süreci ortadan kalktıktan sonra ise modern Batının farklı “değerlere” yaklaşımıyla ilgili yeni bir biçim almıştır.<sup>91</sup> Hukuki çoğulluk, bir vakıa olmanın ötesinde, savunulan ya da karşı olunan, ideolojik bir görünümü de olan bir dünya görüşüne de karşılık gelir. Buna göre hukuk tanımını ya devlet merkezli yapılacaktır ya da hukukun bir sosyal gerçeklik olduğu ve devletle sınırlandırılmayacağı kabul edilecektir.<sup>92</sup> Hukuki çoğulluk, sömürge zamanlarından kalan bir ayırım olarak yerli hukuk/transfer hukuk, başka bir bağlamda devlet hukuku/azınlık hukuku, hukukunu değiştirmek için girişimde bulunmuş devletlerde de geleneksel hukuk/modern hukuk şeklinde sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır.<sup>93</sup> Bir başka açıdan çoğul hukuk düzenleri hane içinde, işyerinde, mübadele alanında, topluluklarda ve dünya sistemi alanında belirir. Bu alanlar da kendi içlerinde alt alanlara ayrılır ve alt hukuklarını yaratırlar.<sup>94</sup> Bir başka tasnif ise resmi hukuk sistemi, geleneksel normatif sistemler, dini normatif sistemler, ekonomik normatif sistemler ve kültürel normatif sistemleri, aralarında hiyerarşi olmaksızın bir arada bulunan hukuklar olarak kabul eder.<sup>95</sup> Hukuki çoğullukla ilgili bir ortak kabulden söz edilemeyeceği görülmekle birlikte, hukuki çoğulluk lehindeki anlayışlar, her halükarda hukukun devletten bağımsız bir sosyal olgu olduğu kabulüne dayandığını, hukuku bu sosyal olguyu görmezden gelerek devletin sınırlarına hapsedmemek gerektiğini, hukuk- kültür ikileminde özgürlükler tarafında yer aldığını söylemektedir.<sup>96</sup> Esasen hukukun bir sosyal olgu olması sosyolojik bir bakışın tespiti ve sonucudur, bu şekilde kendiliğinden bir normatif çıkarıma yol açmaz. Buradan hareketle, çoğul hukuk düzenlerinin varlığı, hukuk devletinin tanımını hukukun kaynakları bağlamında yapıldığında hukuk devletini ihlal eder.<sup>97</sup>

Dünyada hukuk devleti kavramı, küreselleşme koşullarında hukukun, devletin, egemenliğin tanımları bağlamında yeniden içeriklendirilmektedir. Talep edilen ve tartışılan yeni hak kategorileri, yeniden anlamlandırılan eski hak kategorileri, kürtaj ya da taşıyıcı annelik gibi kadın bedeniyle ilgili olan ve her dinin de söyleyecek sözünün olduğu alanlar ve bu konularda ne söyleyeceği önemli

<sup>91</sup> MERRY, Sally Engle, *Leğaş Pluralism*, *Law and Society Review*, C. 22, S. 5, 1988, s.872-874.

<sup>92</sup> GRIFFITHS, John, *What is Legal Pluralism?*, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, S. 24, 1986, s. 10.

<sup>93</sup> HOŞ, Serdar, *Hukuki Çoğulluk*, HFSA 26, İstanbul Barosu Yay., 2014, s.185.

<sup>94</sup> ÜYE, Saim, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 112-114.

<sup>95</sup> ARSLAN, Ezgi, *Hukuki Çoğulluk Olgusunun Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 13/2, 2022, s. 466.

<sup>96</sup> HOŞ, s. 189.

<sup>97</sup> Aksi görüş için ARSLAN, s. 473-474.

olan çeşitli uluslararası kuruluşları, hukuk “devleti” tartışmasının genişleyen yeni zeminini oluşturmaktadır.

Özcan, tekelci kapitalizm koşullarında hukuk devletinin ulaşılması zor bir ideal olduğunu ama toplumsal düzen için hukuk dışında bir meşruluk ölçütü olmadığı için bundan vaz geçilemeyeceğini söylemektedir. Bu durumda demokrasi yeniden içeriklendirilebilir, mülkiyetin kutsallığı tartışılabilir. Ancak bunu yapmak hukukun değil politikanın işidir. Bu noktada hukuka düşen, kendi alanına dinin nüfuz etmesini engellemek ve politikaya “temiz” bir tartışma alanı yaratmak olacaktır.<sup>98</sup> Gerçekten laik normların yanında dini kuralların da hukuki uyumsuzluk çözümünde kullanıldığı örnekler bulunmaktadır<sup>99</sup> ve laik hukuk düzeniyle çatışma yaratan bu durum yukarıda değinildiği gibi, kavramsal düzeyde kaynaklar teziyle ilgili bir tartışmanın da konusudur.

### Laiklik

Hukuk devleti kavramı, netice itibariyle liberal siyasi örgütlenme biçimidir. Yasamayı ya da yargıyı öne çıkarmasıyla, neyi düzenleyeceği ve hangi alanlara dokunup dokunmayacağıyla, toplumsal sınıf mücadelelerinin ve çeşitli iktidar merkezlerinin belirleyiciliği doğrultusunda farklı isimler ve biçimler olarak var olagelmıştır. Bu şekliyle “hukuk aracılığıyla keyfiliği önleme” çekirdek anlamı çerçevesinde dinamik bir karakteri vardır. Bu dinamik karakteri belirleyen değişkenler kapitalist üretim ilişkileri, siyasi özneler arasındaki çekişmeler ve sınıf çatışmaları arasında belirlenmiş görünmektedir. Din olgusu ise bu denklemde belirleyici değişken olarak görünmemektedir. Bizce hukuk devleti kavramı, hukuki pozitivizmin hukukun kaynakları bağlamında laikliğin belirleyiciliğiyle birlikte de düşünülmelidir.

Hukuk devleti, ağırlık noktası olarak devleti de, bireyi de, toplumu da esas alsın, asıl belirleyici özelliği toplumun dinsel temelli değil insan ürünü yasalarla yönetiliyor olmasıdır.<sup>100</sup> İnsan ürünü yasanın liberal düzende taşıdığı önem, bireyin özgürlüğünün ancak kendi yaptığı yasayla sağlanabilmesindedir. Birey, temsili demokrasi yoluyla tabi olacağı yasaları belirler. Bu “kendi kendini yönetme” keyfiyeti, kuvvetler ayrılığı yoluyla kendi içinde bir denetim oluşturan sistemin güvenlik mekanizmasıdır.<sup>101</sup>

Antik Yunan ve Roma döneminden sonra uzun Ortaçağ, Avrupa’da tam da siyasetin, gündelik hayatın ve hukukun, farklı kombinasyonlarla dinle mücadelesi

<sup>98</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti: Modern..., s. 140.

<sup>99</sup> ÜNVER, Serdar, Negatif Din Özgürlüğü, Astana Yay., Ankara, 2022, s. 67.

<sup>100</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti: Modern..., s.124.

<sup>101</sup> TAMANAHA, s. 65.



çağıdır. Farklı kombinasyonlar vurgusu, tarafların kristalize ve kalıcı şekilde belli olmadığını ifade etmek için yapılmıştır. Feodal Avrupa’da nüfuzlu papazların da birer baron olduğu, kasabalarının hem dünyevi hem uhrevi işlerini yönettikleri ve kendi mahkemelerinin bulunduğu; buna karşın küçük yerleşim birimlerinde ki papazların geçinmek için adeta serfler gibi çalıştıkları gerçeği bu duruma bir bakış sağlayabilir.<sup>102</sup> Durumu “laikleşme süreci” olarak değerlendirmek gerekirse, modernlik öncesi dinin etkili olduğu tüm toplumsal katmanlardan çekilip yerini akliliğe bırakması sürecine bakmak gerekir. Ancak laikliği bu bağlamda Amerika Birleşik Devletlerinin dini örgütlerle devlet yapısını ayıran ilk toplumlardan olmakla birlikte dini bağlılıklarının fazla olması gibi bir örnek üzerinden<sup>103</sup> anlamaya çalışmak eksik kalacaktır. Çünkü modern hukuk özel alanı da düzenler. Dahası, özel alan kural olarak bireysel özgürlüklerin yaşandığı mahrem alan olmakla birlikte feminist hukuk teorisinin sloganlaştırarak dile getirdiği gibi, politik bir mücadele alanıdır ve hukukun o alandaki hukuki çatışmalara kamusal düzeyde müdahale etmesini ister. Dinsel kökenli bir çatışma söz konusuysa, bu müdahale devletin terazinin bir kefesine temel hak ve özgürlüklerinden yoksun kalacak insanları, diğer kefesine dini “özgürlükleri” koyuyormuş görünmesine sebep olabilir.<sup>104</sup> Fakat açıktır ki, bireylerin özel alanda da dinden özgürlüğünü, herhangi bir dine mensup olmama ya da mensup olduğu dinin gereklerini yerine getirmeme özgürlüğünü,<sup>105</sup> hukukun kaynaklarını dinsel temellerden mutlak olarak ayrı tutan bir hukuk devleti anlayışı gerçekleştirilebilir. Bu da bizce laikliğin kamusal alanla ilgili olmakla yetinemeyeceği anlamına gelir.

Hukuk devleti- hukukun üstünlüğü tartışmasını değerlendirirken gerçekten din, önemli ve belirleyici bir değişkendir. Devletin hukuk tarafından sınırlandırılması üstünde düşünürken din değişkeninin hangi tarafta konumlandırılacağı önemlidir. Bunun için birkaç seçenek kurgulanabilir: 1- Sınırlandırmak istenilen devlet, dini otoriteyi de temsil ediyorsa onu sınırlandırması beklenen/istenilen hukuk, dindışı/dinden bağımsız olabilir. 2- Sınırlandırmak istenilen devlet, askeri güce ya da din dışı bir otoriteye dayanıyorsa onu sınırlandırmak için ölçü alınacak hukuk dinden temellendirilebilir. Bu da aslında meselenin hukukun kaynakları tartışmasından uzak olmadığını gösterir. Örneğin Hristiyan azizi Aquinolu Thomas’ın, yargıçların karar verirken kanunlara bağlı olması gerektiği görüşü, pagan Aristoteles’ten temelleniyor,<sup>106</sup> pozitif hukukun gücünün hükümdarı sınırlandırmaya yetmeyeceğini bildiğinden, hükümdarın keyfilikliğini önlemek için çözümü

<sup>102</sup> TAMANAHA, s. 36.

<sup>103</sup> ÜNVER, s. 69.

<sup>104</sup> NUSSBAUM, Martha C., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, New York, 1999, s. 84.

<sup>105</sup> ÜNVER, s. 6.

<sup>106</sup> TAMANAHA, s. 38.

Tanrı'nın hukukunda buluyordu. Gerçekten Roma imparatorları Konstantin'den beri mutlakiyetçiliklerine teokratik bir nitelik de vermiş ve kanunlarına kutsallık kazandırarak sadece Tanrı'ya hesap verebileceklerini kabul etmişlerdir. Benzer şekilde Roma'da papalar da krallar ve prensler üstünde Tanrı'dan aldıkları egemenliği iddia ediyorlardı.<sup>107</sup> Germen örfi hukukunda da monarkın kadim hukuku kendi iradesi içinde özümsemesi ya da o hukuku çiğneyen kralın halkı tarafından terk edilmek suretiyle direniş hakkına işaret ediliyordu. Bu tablo, hukukilik/ hukuka uygunluk bakımından karmaşık görünmektedir. Hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğünün nüveleri Ortaçağ uygulamalarında aranacak olsa, hangi hukukun hangi iktidarın keyfilğini engelleyebileceği çok tartışmalıdır. Tam tersine, Tanrı'dan kaynaklanan hukuku Tanrı adına uyguladıklarını iddia edenlerin keyfilğini önleyecek yeni ve farklı bir araç, mevcut dinsel karakterli hukuku (onu kullanan somut iktidarı) sınırlandıracak yeni bir tür "hukuk" gerekeceği de zor bir çıkarım değildir.

## SONUÇ

Çalışmanın başlangıç cümlesine geri dönecek olursa, insanlar bir arada yaşamaya yazgılı canlılardır. Bu bir arada yaşamayı mümkün kılan şeyin ne olduğu betimsel saikli sorusu, bunun en iyi şekilde nasıl mümkün olabileceğine dair normatif soru ve cevaplarla yan yana durmaktadır. Bu normatif içerikle ilgili, hukukun üstün olması- hukuk devleti düzeni içinde yaşanması gerektiği cümlesi üzerinde asgari bir uzlaşma sağlanmış görünmektedir. Tam da bu kavşakta, kavramların anlamlarının, içeriklerinin, tarihsel konumlarına dair bilginin önemi ortaya çıkmaktadır. Demokrasi ve hukuk devleti, birbirini tamamlayan, birbirlerini gerektirir iki kavram ve olgu olarak kullanılmaktadır. Ancak tarihsel bakışla bunun pek de doğru olmadığı görülmektedir. Gerçekten demokrasi, niceliksel bir çoğunluğun içerikten bağımsız olarak hukuk oluşturabilmesini ifade eder. Bu bağlamda şekli hukuk devleti/hukukun üstünlüğü demokrasi ile bağdaşır. Ama hukuk devletine niteliksel bir içerik kazandıran maddi hukuk devleti/sosyal hukuk devleti gibi kavramlar, niceliksel çoğunluğa "rağmen" söz konusu olurlar. Yani demokratik çoğunluğa karşılık geldiği var sayılan yasama meclisi ya da seçilmiş hükümeti sınırlandıracak kendinden menkul bir "hukuk" kavramı, demokrasi ve hukuk devleti/hukukun üstünlüğü kavramlarının karşı karşıya geldikleri noktadır. Bu yeni olmayan tespiti yeniden ele alma ihtiyacı hissettiren şey, huku-

<sup>107</sup> "... her bir kanun adalet fikrini cisimleştireceği için, adalet de Hristiyan inancının temel taşlarından biri olduğu için, bu alegoride "ruh" Hristiyan adalet fikri anlamına gelecekti. Bu tezin Orta Çağ'daki "hukukun üstünlüğü" fikri olduğu ve bunun da hukukun egemenliği fikrinde tezahür ettiği konusunda pek şüphe olmasa gerekir" Ullman, Walter, A History of Political Thought: The Middle Ages, Middlesex, NY: Penguin, 1965, pp.103'ten aktaran, TAMANAHA, s. 44.

kun kaynağı tartışmasını gözden kaçırmamak gerektiğini düşünmemizdir. Basitçe formüle etmek gerekirse:

- İnsanların modern koşullarda bir arada yaşaması bir hukuk düzeni gerektirir.
- Bu hukuk düzeninin nasıl olacağına ya niceliksel çoğunluk ya da nicelikten başka niteliklere sahip bir iktidar karar verir.

Bugün hukukun üstünlüğü deyince yazılı anayasa, yasamanın yargısal denetimi, demokratik serbest seçimler, bireysel hakların korunması ve kuvvetler ayrılığının olması gereği konusunda bir fikir birliği olduğu söylenebilir. Yazılı anayasa, Antik Yunan ve Roma ile Ortaçağ Avrupası'nda hükümdara doğal hukuk, teamül hukuku ya da din tarafından konulan sınırın yerini almış,<sup>108</sup> ancak bu durumda hukukun üstünlüğünün sağlanması yasakoyucunun basiretine, toplumun hukuk ve demokrasi geleneğine bağlı kılınmış olmuştur.<sup>109</sup> Hukuk devleti/hukukun üstünlüğünün tarih içinde nerelere denk düştüğüne dair bu kısa bakışın bakiyesi, özgürlük/demokrasi, birey/kamu ya da bireysel haklar/sosyal haklar geriliminde ve siyasi iktidar karşısında gücü kendinden menkul bir yargıçlar iktidarı tartışmalarında somutlaşır. Devleti sınırlaması beklenen hukuk demokrasiyi kısıtlayacak mıdır ve hukuk kendi kendini yöneten insanların, üzerinde uzlaştığı kurallardan mı ibarettir?<sup>110</sup> Çoğunluğun ya da çoğunluk olmayan iktidarın iradesine hukuk denilecekse, bu hukukun nasıl formüle edildiği önemli midir? Egemen, insani isteklerine, çıkarlarına, tutkularına göre bir hukuk yaratabiliyor mudur? Bu hukuk bir toplum sözleşmesi midir? Egemenin hukuk yaratırken kendisini sınırlı saydığı bir şey varsa bu nedir? Bu denklemde bazen anayasa mahkemelerine karşı çoğunluğun niceliksel gücü öne çıkarılabilir, bazen ise hukukun belirleyicisi olarak başkaca maddi içerikler kullanılabilir. Kavramsal olarak çelişkili görülen bu durum bir kafa karışıklığının ya da aslında gerçek anlamda bir tercih yapmaktan imtina edildiğinin işaretidir.<sup>111</sup> Hukuk devletinin anlamı şekli olarak belirlenecekse hukuk güvenliğini sağlayacak olan, çoğunluk tarafından belirlenmiş kurallar bütünü çerçevesinde kalmak gerekir. Bu da sistemi demokrasi yanlısı yapar. Hukuk güvenliğinin mümkün olması için demokrasinin /çoğunluğun çeşitli sebeplerle güvenilmezliğini öngörerek maddi bir içerik gerekir deniliyorsa da, o maddi içeriğin dinsel referanslardan kaynaklanmaması gerekir. Çünkü bu halde bir oksimoron

<sup>108</sup> TAMANAHA, s. 92.

<sup>109</sup> TAMANAHA, s. 95.

<sup>110</sup> TAMANAHA, s.19, 26.. (Yazarın, bu kaygıları ortaya koyduktan sonra hukukun üstünlüğünün uyumsuz olduğu sosyokültürel bağlamların varlığını kabul ederek, gerektiğinde başka sosyal değerlere yol açmak gerektiği düşüncesine din temelli değerlerin söz ettiğimiz yıkıcı potansiyeli karşısında şerh düşüyoruz.)

<sup>111</sup> ŞAHİN ÜNVER, Fatma Süzgün, Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk- Hukuki Pozitivizm, MHFD, 2021/2, s. 221, 222.

yaratılmış, bir arada bulunması kimyasal olarak mümkün olmayan iki element birleştirilmeye çalışılmış olur. Bu iki element dinsel referanslardan kaynaklanan bir hukuk içeriği ile çoğunluğun kararından kaynaklanan bir hukuk içeriğidir. Bir-birine karşıt olarak gelişmiş bu iki kavramı birbirine referans göstermek doğru bir akıl yürütme değildir.

Raz, kaynaklar tezine göre hakimlerin kaynak temelli yasalar dışındaki normları da kullanıp hukuk yaratabileceklerini ama bu normların hukuk olmadığını söylerken normatif değil betimsel bir cümle kurduğunu söylemektedir. Buna göre hukuki pozitivism bir siyasi ahlak kuramı değil, analitik bir kuramdır.<sup>112</sup> Bize göre ahlaki ilkelerden anlaşılacak şey dinsel kurallar ise bu cümlenin normatif şekilde kurulması gerekir. Yani, eğer bir hukuk normu, içeriğinin hakimler tarafından dinsel bir ilkeyle doldurulmasına işaret ediyorsa, hakimin bunu gerçekleştirmesi dinsel kuralı hukuk haline getirmez. Ancak bunun da hukuka dinden bağımsız bir iktidar ver(e)meyeceği, durumun bir retorikten ibaret kalacağı da açıktır. Hukuk devleti tanımının hukukun kaynaklar tezi içinde niş bir alan açıp değerlendirilerek, hukuk kurallarının işaret edebileceği hukuk dışı kural ya da ilkelerin dinsel karakterde olamayacağı şeklinde anlaşılması, kaynaklar tezinin hukukilik yorumunu tutarlı bir anlama kavuşturur kanaatindeyiz. Aksi halde hukukun tanımıyla ilgili hangi modern bakış açısı kabul edilirse edilsin (bağdaşım tezi, kapsama tezi ya da kaynaklar tezi), tartışmanın fiilen dinsel içerikli doğal hukukun tartışma zeminine geri dönerek yapılması söz konusu olacaktır. Dinsel kural ve ilkelerin ahlaki geleneksel uluslararası hukuk ilkeleri gibi alanlardan farklı olarak, hukuk olma iddiası taşıyan karakteri, hukuk bütün dışsal ilkeleri aynı nitelikte kabul ettiğini söylese, onları hukuk haline getirmediği iddiasıyla kullansa bile durum fiilen öyle olmayacak, dinsel kurallar kendi hukuki iktidarını fiilen sağlamış olacaktır.

Pozitif hukuk düzenleyicilerinin ve uygulayıcılarının keyfiliklerini önlemek için ölçü alınacak olan ve bu yüzden üstün olduğu kabul edilen hukuk, açık ya da örtülü bir şekilde dinden temellendirilmişse, bağlamla ilgili tartışılan her şeyin anlamı ve içeriği de değişecektir. Hukukun dinsel bir kaynağa dayandığının, meşruluğun o kaynaktan ilkesel düzeyde kabulü elbette hayatın bütün somut pratiklerinin düzenlenmesiyle ilgili mutlak bir müdahaleyi gerektirmez. Ama demokratik her talebin, değiştirilmesi istenen her düzenleme ya da uygulamanın karşısına, denk olmayan bir görünmez ve direnilemez iktidarın koruması altında çıkmayı ve bu sayede kaçınılmaz şekilde kazanan olmayı doğurur. Tekraren, ilahi veya metafizik bir kaynağa dayanmak, bütün somut yaşam pratiklerini düzenle(ye)mese bile, özel hukuktan usul uygulamalarına kadar hukuk sistemi-

<sup>112</sup> ARIKAN, s. 80, 81.

nin bütün alanlarındaki düzenleme ve uygulamaların gerekçesini sağlama hattını düello yargılamalarından engizisyon sorgulamalarına, taraf yeminlerine kadar geri götürme tehlikesini barındırır.<sup>113</sup>

Hukuk devletinin modern devlet çatısı altında kurumsallaştığı, bunun da olmazsa olmaz bileşeninin laikleşme olduğunu akılda tutmak gerektiği düşüncesindeyiz. Bireye hukuk özneliğini teslim eden modern devlet, bunu ancak hukukun kaynağını bir dine bağlamamakla ve bununla birlikte bireylere istedikleri dine mensup olmak ve dahi hiçbir dine mensup olmamak özgürlüğünü sağlayarak gerçekleştirebilir. Hukuk devletiyle ilgili akıl yürütme tuzağı tam da buradadır. Nicel çoğunluktan kaynaklanan meşruiyetin sakıncalarını bertaraf etmek için kurgulanan maddi hukuk devletinin içeriği dinsel referanslardan kaynaklanırsa, amacının tam tersi bir işleve sahip olacaktır. Toplumsal düzen “Tanrı öyle istiyor” ya da “Tanrı öyle yarattığı için öyle olmalıdır ya da öyle kalmalıdır” diyerek düzenleniyorsa, bu düzenlemeyi yapanlar dinsel kurumlar değil halkın demokratik yollarla seçtiği siyasi irade bile olsa meşruiyet sosyal kaynaktan değil dinden kaynaklandırılmış olur.

Hukuk devletinin gerekliliği konusunda bir uzlaşma var olduğuna göre, üstün olduğu iddia ve kabul edilen hukukta üstün olanın dinden bağımsız ve fakat çoğunluğun keyfiliği tarafından da günlük olarak belirlenip değiştirilemeyecek bir içerik olduğu, bilgiye dayalı olarak ve kararlı bir şekilde ortaya konulmalıdır. Yoksa hem çoğunluk üstünlüğü anlamındaki basit şekliyle demokrasiyi hem de dinsel referanslarla temellendirilen hukukun “üstünlüğünü” araçsal olarak kullanan bir hukuk devleti savunusunun egemene sağladığı çifte iktidar ile karşı karşıya kalınacak; tarihsel olarak demokrasinin de hukuk devletinin de engellemeye çalıştığı keyfilik, bu iki kavramın güçlerini birleştirerek yerini sağlamlaştırmış olacaktır. Kaynağın tanrısal olmaması sadece iktidar yetkisinin tanrıdan kaynaklanmaması anlamına gelmez. Toplum sözleşmesinin bu düzeyde bir çeşit meydan okuma, iktidarın meşruiyetini gökten yere indirme girişimi olduğu akılda tutulmalıdır. Ama bundan sonra meşruiyetini insani iradeden alan bir iktidarın hukukun içeriğini yeniden ilahi bir kaynaktan doldurması bir aldatmaca, bir bypass anlamına gelecektir. Üstelik bu kez, meşruiyet temeli olmak yerinden çıkarıldığı için ilahi kaynak dünyevi iktidar için bir duvar olma vasfını da yitirmiştir. Ve bu durum dünyevi iktidara hem ilahi iktidar tarafından dizginlenmeyen bir fiili iktidar, hem de artık olmadığı üzerinde uzlaşmış olan ilahi iktidarın hukukunun içeriğini kullanmasından kaynaklanan, karşı konulmaz bir uhrevi iktidar sağlamış olacaktır.

<sup>113</sup> Van CAENEGEM, R.C., Özel Hukuk Tarihi, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, İbrahim Doğan Takavut, O. Vahdet İşsevenler, Zeynep Arslan, Pinhan Yay., İstanbul, 2022, s.51.

**KAYNAKÇA**

- AKI, E. İrem, Hukukun İç Ahlakı: Lon F. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme, AÜHFD, 64(1), 2015, s.1-35.
- AKTAŞ, Sururi, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2020/1, s. 1-32.
- ALTIPARMAK, Kerem, "Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, Ankara, 1996, s.219-250.
- ARIKAN, Engin, Sert Pozitivizm, Oniki Levha Yay., 2019.
- ARİSTOTELES, Politika, Çev. Mete Tuncay, Remzi Kitabevi, 1975.
- ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3. b. İstanbul, 1948.
- ARSLAN, Ezgi, Hukuki Çoğulluk Olgusunun Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 13/2, 2022, s. 462-475.
- BERMAN, Harold J., Hukuk ve Devrim: Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Çev. Kıvılcım Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020.
- BURNS, Edward McNall, Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950, Çev. Alaeddin Şenel, Birey ve Toplum Yay., 2. Bası, Ankara, 1984.
- Van CAENEGEM, R.C., Özel Hukuk Tarihi, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, İbrahim Doğan Takavut, O. Vahdet İşsevenler, Zeynep Arslan, Pinhan Yay., İstanbul, 2022.
- CICERO, Devlet Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, İthaki Yay., İstanbul, 2014.
- CICERO, Yasalar Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2016.
- DICEY, A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillan Co Ltd., 10. b., London, 1959.
- GÜRLER, Sercan, Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü, İÜHFM C. LXXII, S. 1, 2014, s. 265-292.
- GRIFFITHS, John, What is Legal Pluralism?, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, S. 24, 1986, s. 1-55.
- HOBBS, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, YKY Yay., 6. b., 2007, İstanbul.
- HOŞ, Serdar, Hukuki Çoğulluk, HFSA 26, İstanbul Barosu Yay., 2014, s. 181-191.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yay., 14. Bs. İstanbul, 2019.
- KANT, Immanuel, Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi, Çev. Altan Heper, Fol Yay., Ankara, 2022.
- KELSEN, Hans, Saf Hukuk Kuramı, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yay., İstanbul, 2016.
- KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergiz, Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri, Oniki levha Yay., İstanbul, 2021.

- KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergiz, Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi- Şekli Hukuk Devleti Ayrımı, Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s.110-119.
- LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, Ebabil Yay., 2. b., Ankara, 2012.
- LOUGHLIN, Martin, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kuvılcım Turanlı, Dipnot Yay., Ankara, 2017.
- MERRY, Sally Engle, Legaş Pluralism, Law and Society Review, C. 22, S. 5, 1988, s. 869-896.
- MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Doç. Dr. Şevki Özbilen, Seçkin Yay., Ankara, 2014.
- NUSSBAUM, Martha C., Sex and Social Justice, Oxford University Press, New York, 1999.
- ÖZCAN, Mehmet Tefvik, Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti, İÜHFİM, C. LXIV, S.2, 2006, s. 119-144.
- ÖZCAN, Mehmet Tefvik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, Tekin Yay., İstanbul, 2017.
- ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yay., İstanbul, 2014.
- PLATON, Yasalar, Çev. Candan Şentuna- Saffet Babür, Kabalcı Yay., İstanbul, 3. b., 2007.
- POSTEMA, Gerald J., Law's Rule, The Nature, Value, and Validity of the Rule of Law, Oxford University Press., New York, 2022.
- RAZ, Joseph, Hukuk Devleti ve Erdemi, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yay., Ankara, 2008.
- RAZ, Joseph, Otorite ile Yorum Arasında Hukuk Teorisi, Çev. Ertuğrul Uzun, Fol Yay., Ankara, 2022.
- RAZ, Joseph, "Özgürlük Ahlakı", Çev. Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016.
- SCHMİTT Carl, Liberal hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres yay., 2008, s.119-148.
- SCHMİTT, Carl, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Yay., 2. Bası, Ankara, 2005.
- TAMANAHHA, Brian Z, Hukukun Üstünlüğü, Çev. Ali Fahri Doğan, Runik Kitap, İstanbul 2020.
- TURHAN, Mehmet, Albert Venn Dicey'nin Hukuk devleti Anlayışının Işığı Altında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, nisan 2020, s.3237-3258.

- UYGUN, Oktay, Hukukun Üstünlüğü İlkesi, YÜHFD, C. XIX, 2022/ Özel Sayı, s.521-558.
- UYGUR, Gülriz, Adalet ve Hukuk Devleti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 29-38.
- ÜNVER, Serdar, Negatif Din Özgürlüğü, Astana Yay., Ankara, 2022.
- ÜYE, Saim, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- VİNOGRADOFF, Paul, Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoglu, Göçebe Yay., İstanbul, 1997.
- WAGNER, Peter, Modernliğin Sosyolojisi, Çev. Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2005.
- WOOD, Ellen Meiksins, Yurttaşlardan Lordlara, Eskiçağlardan Ortaçağlara Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi, Çev. Oya Ökmen, Yordam Yay., İstanbul, 2008.



# İdari Yargıda Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Parasal Sınır Şartı ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

## Monetary Limit Condition for Appeal in Administrative Jurisdiction and Evaluation of the Cancellation Decision of the Constitutional Court

Arş. Gör. Özlem USTA<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

İdari yargıda kanun yollarına başvurularda başvuru şartı olarak uygulanan parasal sınırın her yıl yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak güncelleneceği düzenlenmiş; bu sınırın, daha önce açılmış ve halen görülmekte olan davalara uygulanıp uygulanmayacağı hususu ise belirsiz bırakılmıştır. Dolayısıyla başvuru şartı olarak hangi tarihteki parasal sınırın dikkate alınacağı noktasında bilinmezlik söz konusudur. Ayrıca, uyumsuzluk konusu bakımından hangi tarihteki sınırın hangi miktar paraya uygulanacağına ilişkin de açıklık yoktur zira dava açılırken talep edilen miktar, hükmedilen miktar ile eş olmayabilir veya başlangıçta talep edilen miktar davanın görülmesi esnasında ıslah edilerek artırılmış olabilir.

Sayılan durumlar nedeniyle, hem miktar hem uygulama anı bakımından söz konusu olan değişkenlik ve belirsizlik konunun mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde incelenmesini gerektirmiştir. Bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına ilişkin genel çerçeveden sonra mahkemeye erişim hakkının bir sınırının olup olmadığı, varsa da sınırlamanın sınırının ne olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Mahkemeye erişim hakkına ilişkin genel çerçeve ortaya konulduktan sonra idari yargılamaya sistemimiz içinde kanun yollarında uygulanan parasal sınır koşuluna ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Daha sonra, temyiz yoluna başvuru şartı olarak parasal sınıra ilişkin belirsiz hükümlerin yorumunun erişim hakkına bir engel teşkil edip etmediği, bu doğrultudaki eleştiriler ve öneriler açıklanmaya çalışılmıştır. Öte yandan parasal sınırın hangi tarihteki değerinin dikkate alınacağı meselesinin yargılama usulüne ilişkin boyutu da göz önünde bulundurulduğunda yargılamanın temel ilkesi olarak derhal uygulanma ilkesinin de incelenmesine ihtiyaç duyulmuştur.

Çalışmamızın hareket noktasını temyiz yoluna başvuruda parasal sınır şartını içeren kuralın, yakın zamanda Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirken ortaya koyduğu gerekçeler oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında belli bir miktarı aşmayan davalara karşı temyiz yolunun kapatılmasının amacının Danıştay'ın iş yükü olduğu belirtildikten sonra söz konusu amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan aracın ölçülü olup olmadığı değerlendirilmiş, bu anlamda sınırlamanın elverişliliği, gerekliliği ve orantıllığı incelenmiştir. İnceleme sonucunda, hükmün denetlenmesini talep hakkına Danıştay'ın iş yükünü azaltmak amacı ile getirilen sınırın orantılı olmadığına karar

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 15.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 14.06.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: [ustao@ankara.edu.tr](mailto:ustao@ankara.edu.tr),

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-6035-8456>.

verilmiştir. Çalışmamızda kararı bu yönüyle de mercek altına almış olmaktadır. Bu maksatla, bir yargı merciin görev ve iş yükünü azaltma amacının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında nasıl dayanak olarak ortaya çıktığını ve bunun Anayasa Mahkemesince sorgulanmaksızın kabulünün meşruluğu değerlendirilmiştir.

#### **Anahtar Kelimeler:**

Parasal Sınır Şartı, Mahkemeye Erişim Hakkı, Hükmün Denetlenmesini Talep Hakkı, Yargılama Hukukunda Derhal Uygulanma İlkesi, Anayasa Mahkemesi.

#### **Abstract:**

It has been regulated that the monetary limit applied as a condition of application for legal remedies in the administrative judiciary will be increased and updated every year according to the revaluation rate; it is left unclear whether this limit will be applied to cases that have been previously filed and are still pending. Therefore, there is uncertainty as to which monetary limit will be taken into account as a condition for application. In addition, it is not clear as to which amount of money the limit on which date will be applied in terms of the subject of the dispute, because the amount requested when filing a lawsuit may not be equal to the amount awarded, or the initially requested amount may be amended and increased during the hearing of the case.

Due to the above-mentioned circumstances, the variability and uncertainty in terms of both the amount and the moment of application necessitated the issue to be examined within the framework of the right of access to the court. In this context, after drawing the general framework for the right of access to the court, it is emphasized whether there is a limit to the right of access to the court and, if so, what the limit of the limitation should be. After presenting the general framework regarding the right of access to the court, the regulations regarding the monetary limit condition applied in legal remedies within our administrative justice system were examined. Then, it was tried to explain whether the interpretation of the vague provisions regarding the monetary limit as a condition for applying for appeal constitutes an obstacle to the right of access, and the criticisms and suggestions in this regard. On the other hand, considering the procedural aspect of the issue of the date on which the value of the monetary limit will be taken into account, there was a need to examine the principle of immediate implementation as the basic principle of the trial.

The starting point of our study is the reasons given by the Constitutional Court when the rule containing the monetary limit requirement in appeals was annulled. After stating that the purpose of closing the appeal against cases not exceeding a certain amount in the Constitutional Court decision is the workload of the Council of State, it was evaluated whether the purpose in question and the tool used to achieve this purpose were proportionate, and in this sense, the feasibility, necessity and proportionality of the limitation was examined. As a result of the review, it was decided that the limit imposed on the right to request review of the judgment in order to reduce the workload of the Council of State was not proportionate. In our study, we examine the decision from this aspect. For this purpose, how the aim of reducing the duty and workload of a judicial authority emerged as a basis for limiting fundamental rights and freedoms and the legitimacy of its acceptance by the Constitutional Court without questioning were evaluated.

#### **Keywords:**

Monetary Limits in Administrative Judiciary, Right of Access to Court, Right to Request a Review of the Verdict, Principle of Immediate Application on Jurisdiction Law, Constitutional Court.

## **GİRİŞ**

Ülkemizde 2014 yılında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) yapılan değişiklik ile yargılamada üç dereceli sistem benimsenmiştir. Bu sisteme yapılan en büyük eleştirilerden biri temyiz kanun yolunun *izin sistemi* esas alınarak oluşturulmasıdır. Bu sisteme göre istinaf aşamasında verilen kararlar ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla dava dairelerinde görülen

uyuşmazlıklara ilişkin kararlardan İYUK m.46'da 14 bent halinde sayılanlar bakımından temyiz yolu açıkken, maddede sayılmayanlar yönünden temyiz yolu kapalıdır. Kısaca, yalnız Kanunda temyiz yoluna götürülebilmesine izin verilen uyuşmazlıklara karşı bu kanun yolu aşaması devreye girecektir. Temyiz yoluna götürülebilmesine izin verilen uyuşmazlıklardan biri de *"Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar"*dir. Buradaki 100.000 TL parasal sınır belirlemesi hükmün yürürlük tarihinde belirlenen ilk miktar olup aynı Kanunda öngörüldüğü üzere (Ek madde 1), her sene Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen yeniden değerlendirme oranı doğrultusunda artırılarak güncellenmektedir. Durum böyle olmakla birlikte, güncellenen sınırın, o sene itibarıyla derdest olan ancak önceki yıllarda açılmış davaları kapsayıp kapsamadığı meselesi söz konusu hükümlerden anlaşılammamaktadır.

Temyiz şartı olarak parasal sınırın her yıl yeniden değerlendirme oranında artması ile kesinlik sınırının hangi tarihteki miktarına göre tespit edileceğinin öngörülmemiş olmasının hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ortadadır. Belirsiz bırakılan bu hususta uygulamanın bölge idare mahkemesinde hükmün verildiği anda geçerli parasal sınırın dikkate alınması bu noktada mahkemeye erişim hakkı kapsamında hükmün denetlenmesini talep hakkını zedelenmekte ve bireylerin hukuka güvenini yıkmaktadır. Zira bu uygulama, davanın açıldığı yıl sonuçlandırılmamış olması sebebiyle karar verildiği tarihte temyiz sınırının yükselmiş olmasından dolayı kararın temyiz edilememe külfetinin davacı tarafa yüklenmesi anlamına gelir, kaldı ki çoğu zaman da davalar açıldığı yıl sonuçlanmaz. Yaratılan hukuki belirsizlik ve uygulamadaki aleyhe kabul ile temyiz yoluna erişimin engellenmesi, adil yargılanma hakkına zarar vermekte; bu anlamda hukuk devleti ilkesini zedelemektedir.

Öte yandan bu şekildeki uygulamanın, usul kurallarının bireyler açısından kazanılmış hak yaratmayacağı gerekçesiyle yargılama hukuku prensiplerinden derhal uygulanma ilkesine uygun düştüğü söylenmelidir. Ancak yine de mahkemeye erişim hakkı ile korunmak istenen menfaatin yargılama usulünde derhal uygulanma ilkesi ile korunmak istenen menfaatin önüne geçmesi sebebi ile salt bu ilke gerekçesiyle belirsiz hükmün yorumunda hakkı sınırlayıcı biçimde dar yorum yapılamaz. Burada bir değerler önceliği yapılmak suretiyle bireyin hak arama özgürlüğü çerçevesinde mahkemeye erişim hakkına öncelik tanınması gerekir. Yani, yargılama düzeni ile bireyin hak arama özgürlüğü arasında hak arama özgürlüğü lehine hareket edilmelidir.

Bu bağlamda, çalışmamızın amacı Kanunun anılan hükümlerinin temyiz kanun yolunda uygulanmasına ilişkin temeller ile Danıştay uygulaması sonucu

yaratılan problemin ortaya konulmasıdır. Söz konusu çerçevede öncelikle idari yargıya ilişkin mevzuatta temyiz yoluna başvuruya getirilen sınırlamalar ve özellikle parasal sınır ele alınmış, temyiz şartı olarak getirilen parasal sınırın nasıl belirleneceği ve konuya dair Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan önemlilik ölçütü irdelenmiştir. Daha sonra mahkemeye erişim hakkının önünde bir engel olması ve yargılama hukukundaki derhal uygulanma ilkesi bağlamında parasal sınırın iki boyutlu incelemesi yapılmış ve nihayetinde Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli kararında temyiz yoluna ilişkin parasal sınır şartının yer aldığı İYUK m.46/1-b bendini iptal etmesindeki gerekçeler değerlendirilmiştir. Bu noktada en çok üzerinde durulan husus, hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlandırılmasında Danıştay'ın iş yükünün azaltılması amacının Anayasa Mahkemesi tarafından meşru görülmesidir. Anayasa mahkemesi, kararında, günümüz temyiz sınırının hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlandırılmasında Danıştay'ın iş yükünün azaltılması karşısında orantısız bir araç olduğu gerekçesini ortaya koyarken söz konusu amacın meşruluğunu hiç değerlendirmemiş, bu amacın meşruluğunu anayasal bir zemine oturtmamıştır. Dolayısıyla bu sınırlama amacının neye dayanarak ortaya konulduğunun ele alınması gerekir. Çalışmanın son bölümünde özellikle bu noktaya ilişkin detaylı açıklamalara yer verilerek değerlendirme yapılmıştır.

## I. TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU SINIRLAMALARI

### A. Temyiz Kanun Yoluna Başvurulabilecek Uyuşmazlıkların Tahdidi Olarak Sayılması

İdari yargılama hukukunda temyiz, iki dereceli yargılama sistemi öngörülen davalarda ilk derece mahkemesi veya bu sıfatla verilen kararların; üç dereceli yargılama öngörülen davalarda bölge idare mahkemesi kararlarının Danıştay nezdinde incelenmesi ve hukuki denetimin yapılması kanun yoluna verilen isimdir. Bir mahkeme kararının birden fazla aşamada tekrar tekrar değerlendirilmesi her zaman adaleti sağlamış olmamakla birlikte kararın denetlenmesi ve gözden geçirilmesi büyük ölçüde davacı açısından iç ferahlatıcıdır.<sup>1</sup>

Kanun yolu müessesesinin öngörülmesi, adil yargılanma hakkının tesisine ilişkin bir güvence sağlamaktadır. Zira kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen kararların kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan, bu sayede daha adil ve güvenceli bir yargı hizmeti sunan ve

<sup>1</sup> Selman Sacit BOZ/Ahmet Talha TETİK/Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI/Mehmet NACAĞ, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.15; Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları), Ankara, 2008, s. 6-7; Oğuz SANCAKDAR, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2012, s. 2242.

adil yargılanma hakkı kapsamında öngörülen hukuki yoldur.<sup>2</sup> Ayrıca mahkeme, ilk derece mahkemesi hükmünün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa m.36 kapsamında hak arama özgürlüğü bağlamında da korunduğu tespitinde bulunmuştur.<sup>3</sup>

İdari yargılama usulünde 2014 yılından önce iki dereceli sistem varken 6545 s. Kanunla<sup>4</sup> istinaf kanun yolunun hayata geçirilmesi ile Danıştay dava daireleri ile bölge idare mahkemelerinin nihai kararlarına karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceği kabul edilmiş ve böylece üç dereceli bir sisteme geçilmiştir.<sup>5</sup>

Temyiz edilebilecek kararlara 2577 s.K. m.46 ile ciddi bir sınırlama getirilmiştir.<sup>6</sup> Hangi uyuşmazlıkların temyiz yolu ile Danıştay'a gideceği belirlenerek bu maddede tahdidi olarak sayılan konular dışındaki uyuşmazlıkların temyiz edilmeden kesinleştiğinin öngörülmesinin sebebi Danıştayın temyizen karara bağladığı iş yükünün azaltılıp<sup>7</sup> içtihat mahkemesi rolünün<sup>8</sup> güçlendirilmek istenmesidir.<sup>9</sup> Oysa, Danıştaya başvuru yolunun katı şekilde sınırlandırıldığı ve ulaşılan

<sup>2</sup> Ali D. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 815. Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 492. AYM, 22/2/15, 2014/164 E. 2015/12 K; AYM, 4/12/14, 2014/142 E. 2014/182 K.

<sup>3</sup> AYM, 27/12/18, 2018/71 E. 2018/118 K. RG, 15/12/2019, S. 30687.

<sup>4</sup> 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 28/6/14, S. 29044.

<sup>5</sup> Selami DEMİRKOL/Melih KOÇ, "İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü-Danıştayın İchtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Y. 148, s. 116.

<sup>6</sup> Ramazan YILDIRIM, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Y. 147, s. 34.

<sup>7</sup> D.14D, 17/10/18, 2018/4601 E. 2018/6204 K; D.6D, 19/9/19, 2019/16208 E. 2019/7717 K; D.9D, 20/11/19, 2019/6812 E. 2019/6040 K; D.10D, 21/10/19, 2019/10499 E. 2019/6955 K; D.13D, 2/10/19, 2019/3365 E. 2019/2915 K; D.8D, 30/6/20, 2020/3346 E. 2020/2917 K; D.15D, 6/12/17, 2017/3440 E. 2017/7231 K; D.15D, 3/4/18, 2018/748 E. 2018/3303 K; D.10D, 28/5/20, 2020/1370 E. 2020/1413 K.

<sup>8</sup> D.3D, 26/11/19, 2019/7006 E. 2019/6587 K; D.4D, 4/10/18, 2018/7388 E. 2018/8614 K; D.7D, 4/10/19, 2019/3475 E. 2019/5248 K.

<sup>9</sup> Ali TELLİ, "İstinaf Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Y.148, Ankara, 2016, s. 144; Zeynep Nihal AYDINOĞLU, "İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.2018 C.9, S.34, s. 408; Yasin SÖYLER/Muhammet YILMAZ, Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 29, S. 3, s. 2137; YILDIRIM, s. 49. 6545 sayılı Kanunun gerekçesinde de, "2577 sayılı Kanunun 46. maddesinde yapılan değişiklikle, istinaf mahkemelerince karara bağlanacak konulardan hangisinin temyiz yolu ile Danıştay'a gideceği belirlenmekte olup, bu maddede tahdidi olarak sayılan bu konular dışındaki davaların bölge idare mahkemelerinde istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmesi öngörülmektedir. Böylece Danıştay'ın temyizen karara bağladığı iş yükünün yaklaşık yüzde seksen oranında azaltılarak Danıştay'ın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun ilgili bazı hükümleri de değiştirilerek bölge idare mahkemelerinin teşkilat yapısı, istinaf kanun yolu incelemesine uygun hale getirilmektedir" ifadesi yer almaktadır. Bkz.: AYDINOĞLU, s. 396.

dosya sayısının büyük ölçüde azaldığı bir sistemde yeterince uyumsuzluk konusu incelemiden içtihat mahkemesine dönüşümün nasıl gerçekleşeceği soru işareti uyandırmaktadır.<sup>10</sup> Zira temyiz yolunun çoğu dava bakımından kapatılması Danıştay'ın içtihat yaratma alanını daraltmaktadır çünkü bu sistemde, mevcut düzenlemelerin yorumlanması ve yeni düzenlemelerin de uygulanması bakımından istinaf mahkemeleri ön plana çıkmaktadır.<sup>11</sup>

Anayasa Mahkemesi, kamu yararı gerektirdiğinde bazı hükümler için kanun yollarına başvurmanın önlenmesinin mümkün olduğuna, yargı denetiminin sonsuz olmadığına, Anayasa'da bütün kararların üst mahkemeden geçmesini zorunlu kılan bir hüküm olmadığına, Anayasa'daki temel ilke ve güvencelere aykırı olmamak üzere yasa koyucunun takdir yetkisi bulunduğuna hükmetmiştir.<sup>12</sup> Bu konuyla ilgili önüne gelen bir uyumsuzlukta yapı denetim kanunu kapsamında uygulanan idari para cezalarına karşı verilen kararların kesin olmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkının bir sınırlaması olarak görülüp görülemeyeceğini incelemiştir; yapılan müdahalenin orantılı olduğuna karar vermiştir.<sup>13</sup>

Bu yönden değerlendirildiğinde mevzuatta temyiz kanun yolu öngörülmekle beraber temyiz yolu açık uyumsuzlukların ancak kanunla tahdidi olarak sayılan konular ile sınırlı kalması, Danıştay'a bu konuda hiçbir takdir imkânı sunulmaması eleştirilmekte, hak arama özgürlüğünün kısıtlandığı ileri sürülmektedir.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Hilal YILDIZ, "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2023, S. 168, s. 220.

<sup>11</sup> AÇIMUZ, s. 91.

<sup>12</sup> "... Anayasa'nın Danıştay'ı idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlayan 155. maddesinde, tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçireceği konusunda bir kural yer almamaktadır. Mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerini Anayasa çerçevesinde düzenlemekle görevli olan yasa koyucunun basit gördüğü kimi davalarda üst yargı yolunu kapayabileceği açıktır". AYM, 23/5/2001, 2001/232 E. 2001/89 K. (kararlar bilgi bankası). Benzer yönde; AYM, 20/1/86, 1985/23 E. 1986/2 K. (kararlar bilgi bankası). Anılan kararların ortak noktası, yargı yerlerince yapılacak incelemeler sonunda verilecek kararlardan hangilerinin kesin olduğunun belirlenmesinin Anayasa'daki temel ilkelere ve güvence kurallarına uygun olarak yasa koyucunun takdirinde olduğunu vurgulamasıdır.

<sup>13</sup> "Yaratacağı ekonomik etki itibarıyla nispeten düşük olarak değerlendirilebilecek miktarlardaki idari para cezalarına ilişkin hükümlerin kesin olması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantılı bir sınırlama olarak nitelendirilebilir." AYM, 1/10/20, 2020/21 E. 2020/53 K.

<sup>14</sup> Cengiz DERDİMAN, İdari Yargının Genel Esasları, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2014, s. 418. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının mutlak bir hak olmadığını, hukuk devleti ilkesine aykırı olmamak koşuluyla bazı kararlara karşı kanun yoluna başvurulması imkânının ortadan kaldırılabileceğine kanaat getirmiştir. Bkz. AYM, 27/12/18, 2018/71 E. 2018/118 K. RG, 15/12/19, S. 30687; AYM, 23/5/2001, 2001/232 E. 2001/89 K. RG, 19/1/2002, S. 24645. "Davaların uzamasını ve mahkemelerin iş yükünün çoğalmasını engellemeye yönelik kamu yararı amacıyla öngörülen kararların kesin olma kuralı adil yargılanma hakkını, adalet duygusunu zedeleyen ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişen bir yönü bulunmadığı gibi davaların kısa sürede sonuçlandırılmasını öngören Anayasa'nın 141. Maddesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır. Kal- di ki Anayasada tüm mahkeme kararlarının istinaf veya temyiz yoluna tabi olması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir." AYM, 28/03/18, 2017/120 E. 2018/33 K. RG, 20/4/18, S. 30397.

İYUK m.46'da 14 bent halinde tahdidi olarak sayılan dava türleri temyize konu olabilecek davalardır. Madde metnine eklenebilecek, taraflardan birinin talebi üzerine Danıştay ön incelemesi sırasında temyizi uygun görülecek uyuşmazlıkların temyize konu edilebilmesi imkânı getiren bir hükmün hak arama özgürlüğünün tam anlamıyla sağlanması açısından daha faydalı olacağı fikri savunulmuştur.<sup>15</sup> Konuya dair bir diğer öneri ise temyiz edilebilecek kararların tahdidi olarak sayılması ve temyiz yolunun istisnai olması yerine temyiz yolunun her uyuşmazlık için açık tutularak, temyize konu edilemeyecek olanların kanunda sayılması yoluna gidilmesidir.<sup>16</sup>

AIHM genel olarak çoklu derece yargılamanın düzenlendiği sistemlerde üst mahkemelere başvurunun (bu anlamda temyiz başvurusunun da) ilk derece mahkemelerine başvuruya göre daha ağır ölçütlere bağlanabileceğini kabul etmektedir.<sup>17</sup> Hatta "*daha az önemli davalar*" bakımından mahkemelerin iş yükünü hafifletmek için mahkemeye erişim hakkı bakımından sınırlamalar getirilmesinin meşru kabul edilebileceğini ifade etmiştir.<sup>18</sup>

## B. Temyiz Kanun Yolunda Parasal Sınır ve Anayasa Mahkemesinin Önemlilik Ölçütü

Kanun yoluna başvurulabilmesi için başvuran kişinin bu başvuru yönünden hukuki yararı bulunmasının yanı sıra kanunda öngörülen usul ve esasa ilişkin başvuru şartlarının gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Çalışma konumuz bakımından bizi ilgilendiren husus, usule ilişkin parasal sınır şartıdır. İstinaf kanun yolunun düzenlendiği İYUK m.45/1'e göre "*Konusu 5.000 TL'yi geçmeyen tam yargı davaları, vergi davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesindir. Bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz*".<sup>19</sup> Yine, temyiz edilebilecek kararların sayıldığı İYUK m.46/1-b'ye göre *Konusu yüz bin<sup>20</sup> Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davaların* temyize konu edil-

<sup>15</sup> ULUSOY, s. 817.

<sup>16</sup> Gül ÜSTÜN, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 2, s. 36; BOZ/TETİK/ BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 84.

<sup>17</sup> AIHM, 19/12/97, Brualla Gomez De La Torre v. İspanya, B. No: 155/1996/774/975. (hudoc)

<sup>18</sup> AIHM, 27/11/12, Bayar ve Gürbüz v. Türkiye B. No: 37569/06. (hudoc)

<sup>19</sup> Bu hüküm ve parasal sınırların her yıl bir önceki yıl uygulanan parasal sınır üzerinden Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacağını öngören İYUK ek 1. Madde, Anayasa Mahkemesinin 26/10/23 tarihli 2023/81 E. 2023/184 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Karar, 21/8/24 tarihinde yürürlüğe girecektir. Hükümde yer alan parasal sınır, iptal edilen İYUK Ek 1. Maddeye göre 2023 yılı için 20.000 TL; 2024 yılı için 31.000 TL'dir.

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesinin 26/10/23 tarihli 2023/81 E. 2023/184 K. sayılı kararı ile iptal edilen İYUK Ek 1. Maddeye göre söz konusu sınır 2023 yılı için 251.000 TL; 2024 yılı için 920.000 TL'dir.

mesi kanun yoluna ilişkin getirilmiş parasal sınır olarak bir usul sınırı şeklinde karşımıza çıkar. Doktrinde, konusuna göre bazı uyuşmazlıkların kanun yoluna götürülememesini hak arama hürriyetine aykırı bularak eleştirenler yanında öngörülen parasal sınır sebebiyle de birtakım davaların kanun yoluna götürülememesini eleştiren yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarlar kanun yoluna başvuru için öngörülen parasal sınırın mahkemeye erişim hakkını ve bu bağlamda hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı bir kriter olduğu görüşünü savunmaktadır.<sup>21</sup>

Anayasa Mahkemesi, yargılama usulüne ilişkin parasal sınırların ölçütlü ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması kaydıyla Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığına karar vermektedir.<sup>22</sup>

Nitekim AİHM de kanun yoluna ilişkin öngörülen koşullar arasında parasal sınıra yer verilmesini ve bu sınırın miktarını devletin takdir marjı kapsamında değerlendirmekte, hatta böyle bir sınır getirilmesinin usuli bir gereklilik de olduğunu ifade etmektedir.<sup>23</sup> Parasal sınır belirlenirken sosyal devlet ilkesi de göz önünde bulundurularak bu ilkeye aykırılık oluşturmayacak şekilde belirlenmeli ve fazla yüksek tutulmamalıdır.<sup>24</sup>

Anayasa Mahkemesine göre, usul ekonomisi ve makul sürede yargılanma ilkeleri açısından değerlendirildiğinde kanun yolu denetimi için parasal sınır getirilmesine ilişkin olarak, 'önemsiz' ya da 'daha az önemli' sayılabilecek davalar sonucu verilecek kararların kesin olması ve bu kararlara karşı kanun yolunun kapalı olması hükmün denetlenmesini talep hakkına aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>25</sup> Bu yorum, birtakım uyuşmazlıklar için temyiz yolunun salt belli miktar paranın altında kalması sebebiyle kapalı olmasından dolayı öngörülen parasal sınır altındaki uyuşmazlıkların önemsiz olduğu sonucunu doğurur. Oysa konusu istinaf sı-

<sup>21</sup> Ejder YILMAZ, "Hukuk Davalarında Yasa yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 1988, S. 1, s. 149-151.

<sup>22</sup> "Hukuk yargılamasında, sonuçları dikkate alındığında bazı dava türleri ve değerine göre bazı davalar için (ceza yargılamasında olduğu gibi) 'az önemli davalar' kriteri altında temyiz sınırı öngörülmesinin ve kanunda belirlenen sınırın, adalet duygusunu rencide edecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacak boyutta bulunmaması durumunda anayasal hakları ihlal etmeyeceği açıktır. Bu kapsamda gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkların makul sürede bitirilebilmesi amacıyla bir kısım mahkeme kararına karşı temyiz yolunun kapalı tutulmasının anayasal hakları ihlal ettiği söylenemez". AYM, 23/7/2009, 2006/65 E. 2009/114 K.; AYM, 7/12/16, B. No. 2014/3907; AYM, 15/9/20, B. No. 2017/38981; AYM, 20/1/1986, 1985/23 E. 1986/2 K.; AYM, 23/5/2001, 2001/232 E. 2001/89 K.; AYM, 1/10/20, 2020/21 E. 2020/53 K. AYM, 7/12/16. B. No: 2014/3907. Bu kararda temyiz yoluna başvuru sınırı için "paranın bugünkü satın alma gücü" değerlendirmesine vurgu yapılmıştır.

<sup>23</sup> Bige AÇIMUZ, İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 68.

<sup>24</sup> Ekin SEVİNÇ, İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması, AHBVÜHFD, Y. 2020, C. 24, S. 3, s. 437.

<sup>25</sup> AYM, 16/2/23, 2022/135 E. 2023/30 K. (kararlar bilgi bankası).



nırının üzerinde olup temyiz sınırının altında kalan uyuşmazlıkların tamamının önemsiz olduğu söylenemez. Hakkılığın değerinin paranın miktarıyla ölçülmesi adalet kavramından uzak bir düşüncedir. Parasal sınırın altındaki tüm davaların nispeten önemsiz görülerek temyiz denetimi dışında bırakılması, özellikle davacı durumundakiler bakımından aleyhe sonuçlar yaratacaktır.<sup>26</sup>

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, temyiz yoluna başvuru için aranan parasal sınır miktarının her sene yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenecek olmasıdır. Anayasa Mahkemesince iptal edilmeden<sup>27</sup> önceki İYUK ek 1. maddesi gereği kanun yollarına başvurularda aranan parasal sınır her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenmektedir. Bu doğrultuda, iptal kararının verildiği tarihte 2023 yılı için temyiz sınırı 581.000 TL; istinaf sınırı ise 20.000 TL iken 2024 yılı için temyiz sınırı 920.000 TL; istinaf sınırı 31.000 TL olarak güncellenmiştir.<sup>28</sup>

İdari yargılamaya ilişkin mevzuatta kanun yoluna ilişkin düzenlemelerde, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna gidilebilmesi için aranan parasal sınır tespitinde hangi tarihteki miktarın dikkate alınacağı hususu belirlenmemiştir. Her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenen miktarın, dava konusu işlem veya eylem tarihi, idareye başvuru tarihi, dava tarihi, ilk derece mahkemesinin karar tarihi veya istinaf merciin karar tarihi itibarıyla farklı aşamalarda yargılama süreçlerinden dolayı farklı uygulanması söz konusu olabilir. Bu belirsizlik sebebiyle hükümdeki temyiz yoluna gidilebilmesi açısından hangi tarihteki parasal sınırın uygulanacağı hususunun açık, net ve tereddüt uyandırmayacak şekilde düzenlenmemiş olması nedeniyle kuralın kanunilik şartını taşımadığı değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda, parasal sınırın her yıl yeniden değerlendirilme oranında artması ile bölge idare mahkemesi kararındaki kesinlik sınırının hangi tarihteki miktarına göre tespit edileceğinin öngörülmemiş olması hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Her yıl değişen ve devam eden davalara da uygulanan parasal sınırın hangi andaki değerinin esas alınacağını açıkça öngörülmüş olması gerekir.

Parasal sınırın hangi tarihteki miktarına göre kesinlik sınırının tespit edileceği açıkça belirtilmediğine göre maddenin ele alınış biçimine itibar edip lafzi bir yorum yapılmaya çalışılabilir. İYUK m.46 ilk cümlede yer alan “bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında *verdikleri kararlar*” ifadesin-

<sup>26</sup> YILDIZ, s. 220.

<sup>27</sup> AYM, 26/10/23, 2023/81 E. 2023/184 K. RG, 21/12/23, S. 32406.

<sup>28</sup> 2018'de 5000 TL, 2019'da 6000 TL, 2020 ve 2021 yıllarında 7000 TL, 2022'de 9000 TL olarak uygulanmıştır. Temyiz yolu için öngörülen sınır ise 2018'de 117.000 TL, 2019'da 144.000 TL, 2020'de 176.000 TL, 2021'de 192.000 TL, 2022'de 261.000 TL olarak uygulanmıştır.

deki vurgu dikkate alınırsa bölge idare mahkemesinin karar verdiği tarihteki parasal sınıra itibar edilecek; yok eğer (b) bendindeki “konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında *açılan davalar*” ifadesindeki vurgu dikkate alınırsa davanın açıldığı tarihteki parasal sınıra itibar edilecektir.<sup>29</sup>

Mahkemelerin kabul ettiği uygulama, bölge idare mahkemesinin karar verdiği tarihteki sınıra itibar edilmesidir. Danıştay kararlarında karşı yönde muhalefet şerhleri olsa da<sup>30</sup> yerleşik görüş, temyiz sınırı olarak bölge idare mahkemesinin karar verdiği tarihteki parasal sınırın esas alınmasıdır.<sup>31</sup> Bu uygulama, davanın açıldığı yıl sonuçlandırılmamış olması sebebiyle karar verildiği tarihte temyiz sınırının yükselmiş olmasından dolayı kararın temyiz edilememe külfetinin davacı tarafa yüklenmesi anlamına gelir, kaldı ki çoğu zaman da davalar açıldığı yıl sonuçlanmaz. Bu şekilde bir uygulamanın sakıncası, özellikle enflasyonun yüksek seyrettiği ülkelerde davacının yeniden değerlendirme oranını kestiremeyeceği için davasını açtığı tarih itibarıyla davasının temyiz yoluna açık olup olmayacağını öngörememesidir. Davanın hangi tarihte karara bağlanacağı ve o tarihteki sınırın öngörülebilmesinden dolayı temyiz yoluna başvuru şartında belirliliği sağlayan tek an dava tarihidir. Anılan gerekçeyle, uygulamada kabul edilenin aksine, temyiz sınırı bakımından davanın açıldığı tarihteki sınırın dikkate alınması gerekmektedir.

Her yıl artan temyiz için öngörülen parasal sınırın görülmekte olan davaları da etkilemesi durumu kişiler için hak kaybına neden olmaktadır. Davanın açıldığı tarihte öngörülen parasal sınırın üstünde kaldığı için kişi açtığı davanın temyiz yoluna açık olduğunu düşünmekteyken istinaf kararına karşı temyiz yoluna başvurduğu tarihte parasal sınırın artması sebebiyle sınırın altında kalan davasını kanun yoluna götürememektedir. Hal böyle olunca kişiler dava açtığı takdirde ilerde bu kararı kanun yoluna götürüp götüremeyeceklerini tam olarak bileme-

<sup>29</sup> BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 92-93. “Konusu yüz bin Türk lirasını aşan” ibaresinde “konu” sözcüğünün istinaf/bölge idare mahkemesi kararını değil, davayı nitelediği görülür. Yani, para istinaf kararının değil, davanın konusudur. Davanın konusu ise, davanın açıldığı tarihte dava dilekçesinde ya da davaya konu edilen idari işlemde yazılı olan miktardır. Bkz.: [www.turgutcandan.com](http://www.turgutcandan.com).

<sup>30</sup> D. 10D, 12/10/20, 2020/4748 E. 2020/3610 K; D. 10D, 12/10/20, 2020/4714 E. 2020/3605 K. (*lexpera*).

<sup>31</sup> Ramazan YILDIRIM/Serkan ÇINARLI/Kerim AZAK, Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 2023, s. 451. “Anılan Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, 46. maddede belirlenen temyize tabi uyuşmazlık miktarının her yıl yeniden değerlendirilmesinde, davaya konu uyuşmazlık miktarının istinaf mahkemelerince kararın verildiği tarihte geçerli olan, 46. maddede belirlenen temyize tabi miktarın üzerinde olması halinde kararın temyiz edilebileceği anlaşılmaktadır”. Bkz.: D. 14D, E.2018/301, K.2018/1686, 20/3/201. Aynı yönde: D. 4D, 6/4/22, 2022/2418 E. 2022/2219 K; D. 13D, 19/4/22, 2022/1818 E. 2022/1702 K. (<https://www.yargitaykararlari.com.tr>).

mektedir. Yaratılan bu hukuki belirsizlik ve uygulamadaki aleyhe kabul ile temyiz yoluna erişimin engellenmesi, adil yargılanma hakkına zarar vermekte; bu anlamda hukuk devleti ilkesini zedelemektedir. 2024 yılı için öngörülen temyiz parasal sınırının 920.000 TL, olduğu göz önüne alındığında epey yüksek olması sebebiyle birçok uyuşmazlık bakımından temyiz yolunun ortadan kalkmış olduğunu söylemek mümkündür. Böyle bir engelin ortadan kalkması için yapılması gereken en makul yorum istinaf ve temyizde parasal sınır olarak davanın açıldığı tarihteki miktarın esas alınması gerektiği şeklinde bir yorum olacaktır.

## II. HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP HAKKI BOYUTUYLA PARASAL SINIR

Temyiz kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamında ve mahkemeye erişim hakkının bir görünümü olarak karşımıza çıkar. Anayasa Mahkemesinin son yıllarda vermiş olduğu kararlarda temyiz yoluna ilişkin sınırlamaları ‘hükümün denetlenmesini talep etme hakkı’ değerlendirmesi ile ele aldığı görülmektedir.<sup>32</sup> Yine, ‘etkili başvuru hakkı’, ‘hak arama özgürlüğü’ ile ‘mahkemeye başvuru hakkı’ arasında bağlantı kurularak kanun yoluna başvuru hakkının incelendiği görülmektedir.<sup>33</sup> Anılan hakların her biri farklı şeyler olmayıp birinin varlığı diğerini destekleyen haklardır ve bunlar bir bütün olarak adil yargılanma hakkının özünü oluşturur.

Kanun yollarına başvurabilmek için parasal sınır şartı öngörülmesi, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü açısından sınırlama niteliğindedir.<sup>34</sup> Öte yandan, AİHM ve Anayasa Mahkemesi, “daha az önemli davalar” bakımından mahkemelerin iş yükünü hafifletmek için mahkemeye erişim hakkı bakımından sınır getirilebileceğini kabul etmekte; temyiz yoluna başvuru için öngörülen sınırın her yıl güncellenmesinin kanun yoluna başvuru hakkına orantısız bir sınır

<sup>32</sup> Ebru GÜNDÜZ/Hakan GÜNDÜZ, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükümün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2022, C. 13, S. 49, 2022, s. 9. SÖYLER/YILMAZ, s. 2154. “... kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı merci tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini teminat altına almaktadır”. Bkz.: AYM, 27/12/18, 2018/71 E. 2018/118 K. (kararlar bilgi bankası). “Adil yargılanma hakkının davanın taraflarına sağladığı tüm usul güvencelerine uyulmuş olsa bile yargılama sonucunda verilen hükmün hatalı olması mümkündür. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmiş olsa da hâkimin gerek maddi vakıaların değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarının uygulanmasında yanılıya düşmesi ve buna bağlı olarak hukuka aykırı hüküm vermesi söz konusu olabilmektedir. Böyle kararlara ilgililerin veya toplumun katlanmasını istemek adalete olan güveni sarsar ve hukuk devletini zedeler. Bu nedenle hak arama hürriyetinden yararlanılabilmesi bakımından adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir hükmün başka bir yargı merci tarafından denetlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.” Bkz.: AYM, 1/10/20, 2020/21 E. 2020/53 K. (kararlar bilgi bankası).

<sup>33</sup> AYM, 28/11/13, 2013/64 E. 2013/142 K. (legalbank); AYM, 27/12/18, 2018/71 E. 2018/118 K.; AYM, 1/10/20, 2020/21 E. 2020/53 K. (legalbank).

<sup>34</sup> BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 45.

getirmediği takdirde mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.<sup>35</sup> Öyleyse, parasal sınırların hakkın özüne dokunmama, meşru amaç ve ölçülülük ilkesine uygun düştüğü ölçüde ihlal sonucu doğurmayacağı söylenebilir.<sup>36</sup>

Mahkemeye erişim hakkının kapsamına yalnız ilk derece mahkemelerine yapılacak başvurular değil, mevzuatta öngörülmüş ve yargılama aşaması olarak yer verilmişse kanun yolu başvuruları da girmektedir.<sup>37</sup> Yani mahkemeye erişim hakkının bulunduğu güvenceler altında otomatik olarak temyiz hakkı yer almaz. Ulusal mevzuatta taraflara uyumsuzluk konusunu temyiz yoluna götürebilme imkanı tanınmışsa mahkemeye erişim hakkı aynı zamanda temyiz talebinde bulunma hakkını da güvence altına alır.<sup>38</sup> Çünkü AİHS m.6 kapsamında kanun yollarının öngörülmesi, mahkemeye erişim hakkının güvence altına alınması bakımından zorunlu tutulmamıştır. Yine bu kapsamda taraf devletlerin olağan kanun yolu olarak istinaf ve temyiz mahkemeleri kurma zorunluluğu da bulunmamaktadır.<sup>39</sup> Ancak zorunlu olmamakla beraber kanun yolu ülkede tanınmışsa ona uygun mekanizmaları da gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kanun yollarının öngörüldüğü bir sistemde kanun yollarına erişimde ve üst mahkeme aşamasında AİHS m.6/1'in gerekleri yerine getirilmelidir. Öyleyse, kanun yollarına başvurunun sınırlandırılmasında mahkemelere etkili başvurma hakkının gerekleri de gözetilmeli; getirilen sınırlamaların hakkın kullanılmasını ortadan kaldırmayacak ölçüde olmasına dikkat edilmelidir.<sup>40</sup>

Anayasa Mahkemesi de, AİHS ek 7 no.lu protokol m.2/1 kapsamındaki davalar dışında hükmün denetlenmesinin zorunlu kılınmadığını kabul etmektedir.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> AİHM, 19/12/1997, Brualla Gomez De La Torre v. İspanya, B. No: 155/1996/774/975; AİHM, 27/11/12, Bayar ve Gürbüz v. Türkiye, B. No: 37569/06. (*hudoc*).

<sup>36</sup> Anayasa Mahkemesi, parasal sınırın tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyeceğine, bu sınırın 'adalet duygusunu rencide edecek ölçüde olup olmadığına' ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Bkz.: AYM, 7/12/16, B. No: 2014/3907; AYM, 23/7/2009, 2006/65 E. 2009/114 K. Mahkemenin, daha önce deşindiğimiz 1/10/20 tarih ve 2020/21 E. 2020/53 K. sayılı kararında mahkemeye erişim hakkı ve hak arama hürriyetinden tam anlamıyla yararlanılabilmesi için bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesi gerekliliği vurgulansa da hakkın mutlak bir hak olarak kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Yasama organının, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli olacak düzeyde ölçüt getirmesi mümkündür. Mahkemenin bu karardaki açıklamaları kanun yolunun tamamen kapalı tutulduğu yasal düzenlemenin mahkemeye erişim ve hükmün denetlenmesini talep hakkını ihlal ettiğine ilişkindir. Dolayısıyla Mahkemenin bir içtihat değişikliğine gittiği söylenebilir.

<sup>37</sup> AYM, 20/3/14, B. No: 2013/500. (*kararlar bilgi bankası*).

<sup>38</sup> Gökhan ÇAYAN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2016, C. 7, S. 28, s. 240.

<sup>39</sup> AİHM, 17/11/1970, *Delcourt v. Belçika*, B. No. 2689/65. (*hudoc*).

<sup>40</sup> AİHM, 21/2/1971, *Golder v. Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70; YILDIZ, s. 204.

<sup>41</sup> AYM, 27/12/18, 2018/71 E. 2018/118 K; AYM, 14/10/20, B. No: 2018/26178, Ancak bu konuda önüne gelen bireysel başvurularda konu bakımından yetkisiz olduğundan bahisle kabul edilemez-

Mahkemeye göre, hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin devletin, hakkın kullanımına ilişkin düzenleme yapması gerekir. Yani mutlak bir hak olduğunun söylenmesi mümkün değildir. Kişilerin ne şekilde bu haktan yararlanacakları ve bu hakkın temini bakımından nasıl bir sistemin kurulacağı, hakkın sınırlanmasına yönelik araçlar konusunda yasama organının geniş takdir yetkisi vardır.<sup>42</sup>

Hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlanması da diğer temel hak ve özgürlüklerde söz konusu olduğu gibi ancak Anayasa m.13'te öngörülen ölçütlere uygun biçimde olabilir. Bu doğrultuda, sınırlamanın kanunla yapılması, meşru bir amaca yönelik, ölçülü ve orantılı olması gerekir.<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi, davaların uzamasını ve mahkemelerin iş yükünün çoğalmasını engelleyecek usul kuralları getirilmesini makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereği olarak kamu yararına hizmet eder nitelikte görmektedir. Dolayısıyla mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacının, hükmün denetlenmesini talep hakkı bakımından meşru bir sınırlama sebebi oluşturduğu kabul edilir.<sup>44</sup> Yine, Mahkeme, hükmün denetlenmesini talep hakkına getirilen sınırlamaları değerlendirirken ekonomik değerlere itibar ederek hafif ve ağır nitelikte isnatlar olarak ayırım yapmakta, ölçülülüğe uygunluğu bu şekilde sağladığını ortaya koymaktadır.<sup>45</sup>

lik kararı verdiğiinden içtihat yaratılamamıştır. “Bölge İdare Mahkemesi kararına yönelik hükmün denetlenmesini talep etme hakkı Anayasa ve Sözleşmenin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin ortak koruma alanı kapsamı dışında kaldığından bu hakka ilişkin ihlal iddiasının incelenmesi Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi dışında bulunmaktadır”. Bkz.: AYM, 30/2/23, B. No: 2019/19988. baro levhasına yazılma işleminin iptali yönündeki mahkeme kararına yapılan istinaf başvurusunun kesin olarak reddine ilişkin karara karşı temyiz başvurusunda bulunulmamasına ilişkin: AYM, 3/12/29, B. No: 2019/2490; yargı kararının yerine getirilmemesi sebebiyle açılan tam yargı davasında ilk derece mahkemesi kararı üzerine gidilen istinaf merci kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulamamasına ilişkin: AYM, 10/10/19, B. No: 2016/6023.

<sup>42</sup> AYM, 27/5/15, 2014/176 E. 2015/53 K. (İlexpera).

<sup>43</sup> “Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanması için seçilen aracın öngörülen amaca ulaşılabilmesi bakımından elverişli olması gerekir. Ayrıca seçilen araç bu hakkı en az zedeleyici nitelikte olmalıdır. Bunun dışında hangi sınırlama aracının tercih edileceği hususunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve aleyhine hüküm kurulan kişinin bu hükmü denetletirebilmesindeki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararla kıyaslandığında, sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir”. AYM, 27/5/15, 2014/176 E. 2015/53 K. (İlexpera).

<sup>44</sup> Anayasada hak arama özgürlüğünü sınırlama sebepleri olarak parasal sınır yer almadığı için parasal sınırın hak arama özgürlüğünü hukuka aykırı şekilde sınırladığı görüşü hk. Bkz.: DERDİMAN, s. 418.

<sup>45</sup> AYM, 22/6/16, 2016/13 E. 2016/127 K.

İYUK m.46'ya göre 100.000 TL'yi aşmayan vergi ve tam yargı davaları ile idari işlemler hakkındaki davalar temyiz yoluna götürülemeyecektir. Bu parasal sınırlar da sabit olmayıp her sene yeniden değerlendirilme oranına göre arttığından parasal temyiz sınırının hem miktar olarak hem de uygulanış şekli bakımından mahkemeye erişim hakkına bir engel teşkil ettiği değerlendirilmektedir.<sup>46</sup> Böyle bir kabulde, Danıştayda iş yükünün azaltılması amacı ile davacıların hükmün denetlenmesini talep etme hakkını kullanmadaki menfaatleri arasındaki denge davacılar aleyhine bozulmaktadır. Tutarı itibarıyla önemsiz olduğu kabul edilemeyecek vergi, tam yargı veya konusu para olan iptal davasında, ilk kez istinaf aşamasında davacı aleyhine hüküm kurulması halinde, parasal sınır şartı sebebiyle bölge idare mahkemesi kararının temyiz yoluna götürülememesi suretiyle hükmün denetlenememesi kişilere aşırı külfet yüklemektedir. Öyleyse, Anayasa Mahkemesinin meşru bir amaç olarak kabul ettiği iş yükünün azaltılması için öngörülen parasal sınır şartı, hükmün denetlenmesi ve mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında orantılı olmaktan çıkan bir sınırlama aracı olacaktır.<sup>47</sup>

Kanun yollarında parasal sınıra sadece İYUK'ta değil Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) da yer verilmiştir. HMK düzenlemesinin idari yargıdaki usule göre çok daha açık ve belirli olduğunu söylemek gerekir. Kanununun 361. maddesinde bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi kararlarının temyize kabil kararına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlendikten sonra takip eden maddede (m.362) temyize kapalı kararlar sayılmıştır. Maddenin ilk halinde "*Miktar veya değeri kırk bin Türk Lirasını (bu tutar dahil) geçmeyen davalara ilişkin kararlar*" için temyiz yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiş; ilk halinde 25.000 TL olan tutar, 2016 yılında 40.000 TL olarak değiştirilmiştir. Ayrıca manevi tazminat davaları bakımından da miktar ve dava değerine bakılmaksızın istinaf yoluna gidilebilmektedir. İdari yargıda maddi ve manevi tazminat arasında bir fark gözetilmemiş, manevi tazminat da maddi tazminat ile aynı değerlendirmelere

<sup>46</sup> YILDIZ, s. 201.

<sup>47</sup> Her ne kadar ceza yargılamasına ilişkin olsa da, istinaf mahkemesinde ilk kez esasen incelenerek karara bağlanan uyumsuzluklarda usul ekonomisi gereği temyiz yolunun kapatıldığı ve denetimin engellenmesi suretiyle hükmün denetlenmesini talep hakkına getirilen sınırlamanın orantısız olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesinin de kararı vardır. Kararda Mahkeme tarafından, hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetlenmesi vasıtasıyla elde edilecek bireysel yararın, usul ekonomisi ilkesine feda edilemeyeceği vurgulanarak, bölge adliye mahkemesince ilk defa verilen ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkûmiyet hükümlerine karşı denetim imkânı bulunmamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır. AYM, 27/12/18, 2018/71 E. 2018/118 K. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası kanun hükmü şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: "*İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272'nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, ... Temyiz edilemez*". Bkz.: GÜRBÜZİ/GÜRBÜZ, s. 9.

tabi kılınmıştır.<sup>48</sup> Yargı kollarının amaçları farklı olduğundan yargılama ilkeleri ve kuralları gereği elbette doğrudan bir kıyas yapmak uygun olmasa da temyiz sınırı için öngörülen parasal miktar konusunda adli yargıdaki uygulamadan ayrılmayı gerektirecek tutarlı ve ikna edici bir açıklama söz konusu değildir.

İYUK'ta, HMK'daki düzenlemenin aksine, temyiz sınırının artırılmasının görülmekte olan davaları da etkileyeceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi bir kararında, İYUK m.46/1-b bendi ile ek 1. maddesini, idari yargılama usulündeki temyiz yoluna başvurabilmek için aranan parasal sınırın güncellenerek artırılmasının görülmekte olan davaları da etkileyeceğine ilişkin yasal dayanak olarak göstermiştir.<sup>49</sup> Oysa Anayasa Mahkemesinin, anayasal ilkelere dayanarak ve bu ilkeleri öne sürerek (özellikle de hukuk devleti, eşitlik ve hukuki güvenlik ilkesi) idari yargılama usulünde temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan davaları etkilemeyeceği yönünde bir içtihat geliştirmesinin önünde hukuksal bir engel bulunmamaktadır.

İYUK'ta parasal sınırın hangi tarihten itibaren uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Parasal sınırın belirlenmesi bakımından davanın açıldığı, kararın verildiği, bölge idare mahkemesine başvurulduğu veya bölge idare mahkemesinde karar verildiği tarihin mi esas alınacağı belirli olmadığından istinaf sınırı bakımından dört ayrı miktarın esas alınma ihtimali ortaya çıkmaktadır.<sup>50</sup> Danıştay, temyiz yoluna gidilen mahkeme kararlarının parasal yönünden kabul edilebilirlik değerlendirmesini yaparken bölge idare mahkemesi kararının verildiği tarihteki tutarı esas almaktadır.<sup>51</sup> Benzer şekilde Bölge İdare Mahkemeleri de istinaf incelemesi için önüne gelene başvurularda istinaf başvurusuna ilişkin parasal sınırın belirlenmesinde aynı yorumu yapmaktadır.<sup>52</sup>

Konusu para olan idari davalarda aranan parasal temyiz sınırının, bölge idare mahkemelerinin karar vermiş olduğu anda geçerli olan temyiz sınırına göre belirleneceğine ilişkin açık bir düzenleme İYUK ve diğer kanunlarda yer almamaktadır. İYUK'tan farklı olarak HMK ek 1. maddesinde "200 ve 201. maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hukuki işlemin yapıldığı, 341, 362 ve 369. maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında **hükümün verildiği tarihteki miktar esas alınır.**" düzenlemesi yer almaktadır. Medeni yargılama usulünde

<sup>48</sup> AÇIMUZ, s. 26.

<sup>49</sup> AYM, 20/10/20, B. No. 2018/20215.

<sup>50</sup> YILDIZ, s. 211.

<sup>51</sup> D. 13D, 10/9/20, 2020/2231 E. 2020/2039 K; D. 10D, 9/9/21, 2021/3226 E. 2021/3994 K; D. 8D, 22/2/22, 2022/1069 E. 2022/1065 K. (*lexpera*).

<sup>52</sup> YILDIZ, s. 213. Kesinlik sınırının karar tarihi itibarıyla dikkate alınacağına ilişkin: Erzurum BİM, 3.İDD, 27/10/20, 2018/373 E.2020/472 K; İzmir BİM, 3.VDD, 10/9/20, 2020/626 E. 2020/918 K. (*legalbank*).

temyiz sınırı HMK m.362'de düzenlendiğinden bu maddenin kapsamında kalmaktadır. Bu çerçevede Yargıtay, HMK'da yer alan söz konusu düzenlemelere uygun olarak temyiz başvurularında, bölge adliye mahkemelerince kararın verilmiş olduğu andaki değeri esas alarak temyiz sınırı değerlendirmesi yapmaktadır.

Öte yandan İYUK m.46/1-b bendinde, *davaların açıldığı tarihe* vurgu yapıldığından, temyiz sınırı hakkında istinaf karar tarihinin değil dava tarihinin dikkate alınması gerekir. Burada, hukuk yargılamasının aksi yöndeki uygulaması idari yargılamaya esas alınamaz çünkü hukuk yargılaması sürecindeki temyiz başvurusunda yeniden değerlendirme oranında gerçekleşen artışların görülmekte olan davaları etkileyeceği HMK ek 1. Maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Anılan maddeden bu şekilde bir sonuç çıkarılabilecek olmanın ötesinde, temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan idari davaları etkilememesi gerektiği düşüncesi, hukuk devleti ile eşitlik ilkelerinin bir gereği olarak da karşımıza çıkmaktadır. İdari davaların açıldığı tarih itibarıyla temyize tabi tutulabilecekleri mümkün iken daha sonra temyiz sınırında meydana gelen artış ile temyize tabi olmaktan çıkarılması, bu ilkelerin ihlali sonucunu doğurur.<sup>53</sup>

Danıştay, konusu para olan idari davalarda, aslında dava açıldığı tarihte yürürlükteki düzenlemelere göre ileride temyiz edilebilecek davaları, öngörülemez bir şekilde her sene yeniden değerlendirme oranlarına göre temyiz edilebilir olmanın çıkarmaktadır. Bu kabulde, kanun yolları açık iki davadan biri yargılama sürecinin uzaması nedeniyle temyiz incelemesinden geçemezken diğeri geçebilecektir.<sup>54</sup> Dolayısıyla, hakkını arayan kimseler yönünden öngörülebilir ve belirli olmayan bir dava sürecinin işletildiği söylenebilir.

Demokratik toplumda kişilerin herhangi bir engele maruz kalmadan dava açabilmelerini, açtıkları davaların bağımsız ve tarafsız mahkemelerce etkin bir şekilde sonuçlandırılmasını ifade eden mahkemeye erişim hakkı ve bu hak kapsamında değerlendirilen hükmün denetlenmesini talep hakkı, temyize parasal sınır getirilmesi ve bu sınırın enflasyon karşısında her sene güncellenerek artırılması ile doğrudan ihlal edilmiş olmaz. Bu tür sınırlayıcı düzenlemelerin söz konusu hakların ihlali sonucunu doğurduğundan söz edebilmek için Anayasa m.13'te yer verilen sınırlama nedenlerine aykırılığının tespit edilmesi gerekir. Sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uymuyor, söz konusu hakların özüne dokunuyor ya da bu hakları ölçsüz biçimde sınırlıyor ise hak ihlali gerçekleşmiş olur.<sup>55</sup> Temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan davaları da etkileyeceğine yönelik bir uygulamanın hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği ortadan kaldırıyor

<sup>53</sup> SÖYLER/YILMAZ, s. 2163.

<sup>54</sup> SÖYLER/YILMAZ, s. 2157.

<sup>55</sup> SÖYLER/YILMAZ, s. 2159. AYM, 23/10/19, B. No. 2016/15514.



olması, mahkemeye erişim hakkı ile hükmün denetlenmesini talep hakkının kullanılmasını, bu hakların özüne dokunacak ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmayacak şekilde sınırlandırdığı söylenebilir.

46. maddede bahsedilen parasal sınır açısından idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında, konusu para olan işlemlerin mi kast edildiği yoksa işlem konusunun para ile ölçülebilir olduğu her uyuşmazlık için mi uygulanacağı tartışılmıştır. Danıştay, davanın konusunun doğrudan veya olasılıklar dahilinde olmaksızın objektif şekilde belirlenebilen/belirlenebilecek bir tutarda para veyahut parasal karşılığı objektif biçimde belirlenebilir bir malvarlığı değerinin elde edilmesi ya da yitirilmesine ilişkin işlemler bakımından mümkün olabildiğini söylerken, Candan, işlemde açıkça bir miktar paranın yazılı olması gerektiğini savunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki yargı kararlarında doğrudan doğruya bir para değerinin elde edilmesi veya yitirilmesine ilişkin olmayan işlemler bakımından da temyize ilişkin parasal sınırın uygulandığı görülmektedir.<sup>56</sup>

Temyizi düzenleyen İYUK m.46'nın idari işlemlere ilişkin kısmı yorumlandığında, idari işlemlerin, "konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar" ifadesindeki "ve" bağlacı sebebiyle parasal tutar belirlemesinden ayrı tutulduğu yönünde yorumlar vardır.<sup>57</sup> Bu yorum, bütün idari işlemlere karşı temyiz yolunu açmış olacağından söz konusu 46. maddeyi anlamsız kılacak niteliktedir. İdari işlemler bakımından parasal sınır içeren ve içermeyenler arasında kanunda ayırım yapılmaktadır. Parasal tutar içermeyen ancak işlemin iktisadi sonuçları da olan hallerde idari işlemin temyiz dışında kalması sonucunu doğurur. Bu doğrultuda örneğin, konusu para olan ve parasal olarak hesaplanabilen vergilendirme işlemleri haricindeki vergi uyuşmazlıkları temyiz edilemeden kesinleşmiş olacaktır. Devletin egemenlik yetkisinin üstün olduğu vergilendirme gibi bir alanda bu sonucun yaratılması kişilerin güvenini sarsacaktır. İdari işlemler bakımından da aynı değerlendirmenin yapılması mümkündür. Bir diğer sorun da aynı maddi sebebe dayanarak yapılan işlemlerde biri için temyiz yolu açıkken diğeri için açık olmaması ihtimalidir.<sup>58</sup> Örneğin imar kanunu uyarınca yıkım kararı ile birlikte para cezası da uygulanan hallerde para cezası, öngörülen parasal sınırın üstünde ise temyiz yoluna gidilebilecek ancak yıkım kararı 46. maddede sayılan temyiz yolu açık işlemlerden olmadığından istinafta kesinleşecektir. Bu işlemlere karşı birlikte dava açıldığı düşünüldüğünde aynı davada ileri sürülen taleplerin biri için temyiz yoluna gidilebilecekken diğeri

<sup>56</sup> D. 5D, 16/2/21, 2019/1655 E. 2021/309 K; D. 13D, 29/12/21, 2022/880 E. 2022/1022 K. (*uyap portal*).

<sup>57</sup> D. 7D, 27/9/18, 2018/958 E. 2018/4050 K. (*uyap portal*).

<sup>58</sup> AÇIMUZ, s. 78.

için gidilemeyecek olması izahı zor bir durumdur ve hukuki güvenlik ilkesi bakımından aykırılık teşkil etmektedir.

Danıştay kararlarında karşı oy yazılarında karşımıza çıkan bir diğer argüman da parasal sınırın davanın açıldığı tarihe göre tespit edilmesinin eşitlik ilkesini sağlamaya daha elverişli olduğudur.<sup>59</sup> Dava sürecinin uzaması bazı hallerde ve çoğu zaman davacıdan kaynaklanan bir durum olmayıp yargılamadaki yavaşlıktan kaynaklanmaktadır. Hal böyleyken, aynı ya da benzer işlemlere karşı dava açan kimselerin davalarının aynı hızda yürümemesi sebebiyle birininki temyiz yoluna tabi iken diğeri sırf hükmün geç verilmesinden dolayı o tarihteki parasal sınır uygulanarak parasal sınırın altında kaldığından temyize tabi olamayabilir. Bu gibi eşitlik ilkesine aykırılık sonucunu doğuracak ihtimalleri ortadan kaldırmak ve uygulamanın yarattığı sakıncaları gidermek için temyizde aranan parasal sınırın belirlenmesinde davanın açıldığı tarihin esas alınması yönünde kanunda düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır.<sup>60</sup>

Hukuk devleti, hukuki güven ortamını sağlamayı, devletin hukuka uymasını, idarenin eylemlerinin-işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını ifade etmektedir. Hukuk devleti olmayı destekleyen bir ilke olarak hukuki belirlilik ilkesi,<sup>61</sup> hangi somut duruma hangi hukuksal sonucun bağlandığının bilinebilir olmasını gerektirdiğinden idari yargıdaki parasal sınırların belirlilik ilkesi ile uyumlu olmadığı söylenmelidir. Nitekim kanunda parasal sınırların davanın hangi aşamasındaki değere göre belirleneceği açık değildir.<sup>62</sup> Dolayısıyla idari yargılama sürecinde tek bir dava için birbirinden farklı parasal sınırların uygulanması ihtimali ortaya çıkmaktadır.

<sup>59</sup> AÇIMUZ, s. 101.

<sup>60</sup> Nilay ARAT, "Madde 46", İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Uygulaması Dahil), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 452. (Ed. Mustafa Aslan); "konusu belli bir para olan idari işlem hakkında açılan davalarda verilen kararlardan hangisinin, 2577 sayılı Kanun'un 46/1-(b) maddesi uyarınca temyize tabi olup olmadığı; açılan davalardaki iptali istenilen işlemin konusu miktara göre yapılacağı hükme bağlandığından; bu husustaki değerlendirmenin de davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan dava değeri esas alınarak yapılması gerekmektedir. Aksi uygulamanın, 2577 sayılı Kanun'da belirtilen parasal sınırların yıl itibarıyla yeniden değerlendirme oranında artırıldığından, davanın açılmasından sonraki yargılama sürecine göre kararın temyiz edilebilme durumunun değişmesi nedeniyle, kanun yollarına başvurulması açısından, kanuni açıklığın bulunmadığı sonucunu doğuracağı açıktır. Anılan madde hükümleri uyarınca, bu 2577 sayılı Kanun'da öngörülen parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranıyla suretiyle uygulandığından davanın açıldığı 19/03/2019 tarihinde, dava değeri 144.000,00-TL üzerinde açılan davaların temyiz edilebileceği görülmüştür." D. 2D, 14/12/22, 2022/3256 E. 2022/6511 K. Karşı oy yazısı. Aynı yönde: D.10.D, 9/2/23, 2023/486 E. 2023/416 K. Karşı oy yazısı ve Tetkik Hakimi görüşü.

<sup>61</sup> Abdullah ARIKAN, Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 34. AYM, 29/4/21, 2020/80 E. 2021/34 K; AYM, 8/9/22, 2022/56 E. 2022/100 K.

<sup>62</sup> Hakan PEKCANİTEZ, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2019, S. 144, s. 418; YILDIZ, s. 217.

İYUK'ta kısmi kabul durumunda dikkate alınması gereken parasal miktara ilişkin hüküm bulunmadığından kısmi kabul ya da kısmi ret halinde hangi miktar üzerinden temyiz sınırının tespit edileceğine ilişkin tartışmalar da yapılmıştır. Öğretide konuya ilişkin olarak, HMK hükümlerine başvurulabileceği; davacı bakımından asıl talebin kabul edilmeyen bölümünün davalı bakımından ise kabul edilen bölümünün temyiz sınırının üstünde olup olmadığına bakılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>63</sup> Bu doğrultuda asıl talebin kabul edilmeyen bölümü kanun yolu sınırı altında kalmadığında kanun yoluna başvurulabilecektir.<sup>64</sup> Davanın asıl değerinin üst derece yargılama sırasında değersizleşmesinden dolayı bu kabul hukuka uygun düşmemektedir.<sup>65</sup> Diğer yandan, temyiz sınırının dava dilekçesindeki talep yerine talepten daha düşük olan hükümdeki miktara göre belirlenmesinin kanun yoluna başvuruyu, bu anlamda hükmün denetlenmesini talep hakkını sınırladığından mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini belirten yazarlar da vardır.<sup>66</sup> Bazı mahkeme kararlarında davacının talebinin kısmen kabul edilip kısmen reddedildiği hallerde kararın kanun yoluna tabi olup olmadığına dava dilekçesindeki değere göre belirlendiği görülmektedir.<sup>67</sup>

### III. YARGILAMA USULÜNDE DERHAL UYGULANMA İLKESİ BOYUTUYLA PARASAL SINIR

HMK Ek m.1/2 uyarınca kanun yollarına ilişkin düzenlemelerde yer alan parasal sınırın uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki parasal sınır miktarı uygulanacaktır. İYUK'ta ise HMK'dan farklı olarak temyiz parasal sınırının değerlendirilmesinde hüküm tarihinin esas alınacağına dair bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, parasal sınırın belirlenmesi bakımından davanın açıldığı, kararın verildiği, bölge idare mahkemesine başvurulduğu veya bölge idare mahkemesinde karar verildiği tarihin mi esas alınacağı belirli değildir.<sup>68</sup> Bu halde istinaf sınırı bakımından dört ayrı miktarın esas alınma ihtimali ortaya çıkacaktır.

<sup>63</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları: Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 312-313. Yazar tarafından, İYUK'ta konu hakkında düzenleme bulunmadığından, HMK'da öngörülene benzer bir yaklaşım benimsenerek davanın esastan karara bağlanmış olması halinde, mahkemece hükmedilen miktara; usulden karara bağlanmış olması halinde dava dilekçesinde talep edilen miktara göre belirlenebileceği ileri sürülmektedir.

<sup>64</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 761- 763. Bu yaklaşımın tarafların temyiz yoluna başvurmadaki hukuki menfaati üzerine inşa edildiği, zira hukuki yararın davacı bakımından talebinin reddedilen kısmı için davalı bakımından davacının talebinin kabul edilen kısmı bakımından bulunduğu hakkında bkz.: Serdar YILMAZ, "İdari Yargıda Parasal Sınırların Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2023, C. 4, S. 72, s. 1961.

<sup>65</sup> YILDIZ, s. 213.

<sup>66</sup> AÇIMUZ, s. 98. YILMAZ (2023), s. 1963.

<sup>67</sup> Ankara BİM 10. İDD, 22/12/17, 2017/716 E. 2017/1286 K; D. 12D, 11/4/22, 2021/4237 E. 2022/1701 K; D. 6D. 23/2/23, 2023/565 E. 2023/1983 K. (uyap portal).

<sup>68</sup> YILDIZ, s. 211.

Usul hukuku alanında ve dolayısıyla yargılama usulünde de geçerli temel ilke, yargılamaya dair hükümlerin derhal yürürlüğe girmesidir. Bu, yeni usul düzenlemelerinin hem yeni kanunun yürürlüğünden sonra açılacak davalarda, hem de eski kanun zamanında açılmış ancak nihayete erdirilmemiş derdest davalara uygulanacak olmasını ifade eder. Bu ilkenin benimsenmesinin nedeni, usul hükümlerinin kamu düzeni ile yakın ilgisidir.<sup>69</sup> Yargılamaya ilişkin hükümlerin kamu düzenini ilgilendirmesi nedeni ile yargılamanın her aşamasında dikkate alınması ve derdest davalara uygulanma gerekliliğinin istisnası aksinin yeni hükümde açıkça belirtilmiş olmasıdır. Değişiklik getiren düzenlemede, yeni hükmün derdest davalara uygulanmayacağına dair açık bir belirleme yapılması durumunda derhal uygulama ilkesi artık işlevsiz kalacaktır çünkü kanun açıkça aksini belirtmiştir.<sup>70</sup>

Usul kurallarının zaman bakımından uygulanması noktasında derhal uygulanma kuralı yanında ve bununla birlikte, usul işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığı da değerlendirilmelidir. Yani, bu noktada yeni usul kuralı yürürlüğe girdiğinde ilgili usul işleminin tamamlanıp tamamlanmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir usul işlemi tamamlandıktan sonra yeni kural yürürlüğe girerse yeni kanun bu işleme uygulanmaz; tamamlanmış işlemin tekrarı ya da yenilenmesi gerekmez; işlem yapıldığı haliyle geçerliliğinin korur. Oysa henüz tamamlanmamış usul işlemi yönünden yeni kanun, kural olarak hemen yürürlüğe girecek ve işlemi etkileyecektir.<sup>71</sup> Dava, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlar ve hüküm verilmekle sonuçlanır; bu ikisi arasındaki süreçte, yargılama boyunca devam eden çeşitli usul işlemleri ve aşamaları yer alır. Yargılama sürecindeki usul işlemlerinin her biri ayrı ele alınıp değerlendirilmelidir. Özetle, tamamlanmamış usul işlemleri yeni yürürlüğe giren usul hükümlerinden etkilenirken, tamamlanmış olanlar etkilenmez.<sup>72</sup>

Usul kurallarının derhal uygulanmasına ilişkin kararlar çoğu kez adli yargıda ve ceza yargılamasında karşımıza çıkmakla beraber<sup>73</sup> Danıştay da tespit edebildi-

<sup>69</sup> Y.HGK, 9/5/18, 2018/502 E. 2018/1049 K. (*legalbank*).

<sup>70</sup> Y.HGK, 17/9/19, 2019/60 E. 2019/879 K; Y.HGK, 5/4/22, 2020/56 E. 2022/438 K. (*legalbank*).

<sup>71</sup> Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ/Sema TAŞPINAR AYVAZ/Emel HANAĞASI, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 63-65. Y. 15.HD, 21/1/21, 2020/1323 E. 2021/124 K. (*kazancı*).

<sup>72</sup> Y.HGK, 9/5/18, 2018/502 E. 2018/1049 K; Y. 6.HD, 10/5/23, 2022/1647 E. 2023/1756 K. Öğretide ceza yargılamasına kıyasla, usul kurallarının uygulanmasında infaz aşamasında gerçekleşen kanuni değişiklikler ile infazın yürütümüne ilişkin kanuni değişiklikler için ayrı yorum yapılabileceği ortaya atılmıştır. Buna göre infaz aşamasında maddi hukuka ilişkin bir değişiklik olması halinde, hükmün lehe olup olmadığına tespit edilmesi ve lehe ise geçmişe yürüyecek şekilde uygulanması gerekecektir. Ancak söz konusu olan kanuni değişiklik infaza ilişkin bir değişiklik ise, lehe veya aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın, kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla uygulanmasına başlanacaktır. Bkz.: Fatma Ebru GÜNDÜZ, İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2007, C.8, S. 32, s. 52.

<sup>73</sup> "Yargılama hukukuna ilişkin değişiklikler derhal uygulanma kuralına tabidir. Bu ilkenin *benimsenmesinin nedeni, bu kanun hükümlerinin kamu düzeni ile yakından ilgili olduğu, daima eskisinden*

ğımız bir kararında idari usul ve yargılama usulüne değişiklik getiren hükümlerin derhal uygulanmasının kabul edilme sebebini açıkça şu şekilde izah etmiştir:

*“Kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda genel kural, her metnin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanmasıdır. Ancak idari usuller ve yargısal usulleri değiştiren kuralların kamu düzeni ile yakından ilgili olmaları bakımından derhal yürürlüğe girecekleri ve kazanılmış hakların korunması dışında herhangi bir nedenle eski usul hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir”.*<sup>74</sup>

Usul kurallarının derhal uygulanması ilkesi uyarınca yeniden değerlendirilmesine göre güncellenen parasal sınırın devam etmekte olan davalara uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla temyiz yoluna başvuru için aranan parasal sınır şartının bölge idare mahkemesince hükmün verildiği tarih esas alınarak tespit edilmesi bu ilkeye dayanmaktadır. Zira temyiz hakkının doğduğu an bölge idare mahkemesinin hükmü kurduğu andır. Hükmün kurulduğu an elde edilen bir hak için o zamanki usul hukuku kuralları uygulanmalıdır. AİHM'e göre de, mahkemeler aksi öngörülmediği sürece usul kurallarını süregelen uyuşmazlıklarda derhal uygulama ilkesini gözetmek suretiyle uygulamalıdır. AİHM, kanun yolu başvurusunun hüküm tarihindeki parasal sınırın uygulanması suretiyle reddildiği davaları değerlendirdiği kararlarında bu şekilde bir yorumun yapılmasında mahkemelerin iş yükünü azaltma amacını meşru görmüştür.<sup>75</sup>

İdari Yargılama Hukukunda usul kurallarına ilişkin derhal uygulama ilkesinin karşımıza çıktığı örneklerden biri 2576 s. K. ek 1. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, tek hakimle görülecek davalar bakımından artan miktarların, yürürlük tarihinden önce nihai olarak karara bağlanan idare ve vergi mahkemesi kararları ve Danıştay'ın bozma kararı üzerine derece mahkemesinde yeniden görülen davalar bakımından uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu madde tersiy-

*daha iyi ve amaca en uygun olduğu fikri ile kanun koyucunun, fertlere ait olan hakların yeni usul hükümleri ile daha önce yürürlükte olan kısımdan daha iyi ve daha adil korunacağına ilişkin inancıdır. Kural olarak bireylerin usul kurallarının değişmeyeceğine olan güvenleri korunmaz. Buna göre her usul işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan kanuna göre yapılır. Derdest bir davada önceki kanuna göre tamamlanmış işlemlerin yeni kanuna göre tekrarlanmasına gerek yoktur. Yeni usul kanunu, yürürlüğe girmeden önce açılmış olan davalarda tamamlanmamış işlemlere uygulanır. Bu nedenle yargılama esnasındaki her usul işlemi ayrı ayrı değerlendirilmeli, bunların tamamlanmış olanları için yeni usul kanunu uygulanmamalıdır. Derhal uygulama ilkesi, usul kanunlarının geçmişte uygulandığı anlamında yorumlanmamalıdır. Bu nedenle kazanılmış hak ihlalinin söz edilemez. Usul hukuk alanında geçerli evrensel nitelikteki temel ilke, yargılanmaya ilişkin kanun hükümlerinin derhâl uygulanmasıdır. Derhal uygulanmadan kasıt, yeni usul kanununun, hem yeni kanunun yürürlüğünden sonra açılacak davalarda, hem de eski usul kanunu zamanında açılmış derdest davalara uygulanmasıdır”. Bkz.: Y.HGK, 18/1/12, 2012/13701 E. 2012/6 K; Y.İBBGK, 13/4/18, 2016/2 E. 2018/4 K. (kazancı).*

<sup>74</sup> D. 3D, 6/11/86, 1986/1317 E. 1986/2155 K. (uyap portal).

<sup>75</sup> AİHM, 13/9/11, Canbaz/Türkiye, B. No: 3564/06. (hudoc).

le yorumlandığında yeniden değerlendirilme oranına göre artan parasal sınırlar görülmemekte olan davaları etkileyecek ve davaların tek hakimle mi kurul halinde mi görülmesi gerektiği yeniden değerlendirilip karar verilecektir.<sup>76</sup> Yargılama usulüne ilişkin böyle bir yorumu kolaylıkla diğer yargılama usul kurallarına uyarlamak mümkündür.

Öyleyse, hem adli yargıda hem de ceza yargılamasında olduğu gibi idari yargılama hukukunda da usul kurallarının uygulanmasında derhal uygulanma ilkesi kabul edilmelidir. Aksini kabul edebilmek, yeni getirilen usul kuralının daha önceki uyuşmazlıklara uygulanmayacağını öngörmek için yani devam eden uyuşmazlıklarda yeni kuralın uygulanmasının önüne geçmek için bir geçiş hükmüne yer verilmiş olunması şartı aranmaktadır. Geçiş hükmü yoksa usule ilişkin getirilen yenilik, yapılan değişiklik ve güncellemeler devam eden davalara derhal ve doğrudan uygulanacaktır.

Geçmiş yıllarda konuya ilişkin, itiraz yolunun genişletildiği dönemlerde, İYUK Geçici 4. ve Geçici 6. maddelerinde; *“itiraza konu olan uyuşmazlıklarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararlarının, ilgili Kanunun yayımı tarihinden önce verilen kararların ve Danıştay’ın bozma kararı üzerine mahkemeye verilen kararların, Danıştay’da temyiz edilebileceği”* hükme bağlanmış ve önceki usul kurallarının uygulanması gerekliliği ifade edilmiştir. Daha sonra istinaf kanun yolunun kabulü ile Kanuna eklenen Geçici 8. Maddesinde, *“İvedi yargılama usulü hariç olmak üzere bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 s. Kanunun, bu Kanunla değişik 3. maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurttaki görev başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır”* hükmü yer almaktadır. Anılan maddede karar anında yürürlükte olan usul kurallarının uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hükümlerde normalde derhal uygulama ilkesi gereği derdest davalarda uygulanması beklenen değişikliklerin geçiş hükümleri ile öngörülen başka şekilde uygulanması mümkün kılınmıştır.

Özetle, denilebilir ki usul kurallarının uygulanmasında usul hükümlerine ilişkin kazanılmış haklardan bahsedilemez. Bu noktada belki muhalif görüşler tarafından hükmü kanun yoluna götürme hakkı mahkeme kararının verilmesi ile doğmasına rağmen kişinin kanun yoluna gitme beklentisi dava açtığı tarihte söz konusudur eleştirisi yapılabilirse de bu yönde bir beklentinin korunması gerekliliğinden bahsedilemez. Zira dava açarken kişide oluşan asıl beklenti hükmü ka-

<sup>76</sup> YILDIZ, s. 211.

nun yoluna götürebileceği beklentisi değil, davanın ilk derece aşamasında lehine sonuçlanma beklentisidir. Doğrudan kanun yoluna götürebilme niyetinin arandığı ve her zaman korunması gerektiği yorumunu yapmak yargılama usul ilkelerine uygun düşmeyecektir. Ancak yine de mahkemeye erişim hakkı ile korunmak istenen menfaatin yargılama usulünde derhal uygulanma ilkesi ile korunmak istenen menfaatin önüne geçmesi sebebi ile salt bu ilke gerekçesiyle belirsiz hükmün yorumunda hakkı sınırlayıcı biçimde dar yorum yapılamaz. Burada bir değerler önceliği yapılmak suretiyle bireyin hak arama özgürlüğü çerçevesinde mahkemeye erişim hakkına öncelik tanınması gerekir. Yani, yargılama düzeni ile bireyin hak arama özgürlüğü arasında hak arama özgürlüğü lehine hareket edilmelidir.<sup>77</sup>

#### **IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI VE KARARIN DEVAM EDEN DAVALAR BAKIMINDAN ETKİSİ**

##### **A. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı**

Anayasa Mahkemesi, Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi tarafından itiraz yolu ile önüne gelen uyuşmazlıkta İYUK m.46/1-b bendinin hukuka aykırılığını incelemiş ve söz konusu bendi, Anayasa m.13 ve m.36 yönünden hukuka aykırı bularak iptaline karar vermiştir.<sup>78</sup>

Kararda iptali istenen kuralın belirlilik ve öngörülebilirlik unsurlarını taşımadığından kanunilik ilkesine, elverişlilik ve orantılılık unsurlarını taşımadığından ölçülülük ilkesine uygun olmadığı yönünde iki temel gerekçeye yer verilmektedir.

Yapılan değerlendirmede ilk olarak, itiraz konusu kural, 581.000 TL altında kalan davalar hakkında bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak esas hakkında yeni bir karar vermiş olduğu hallerde temyiz yoluna başvuru hakkını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemenin hükmün denetlenmesini talep hakkına bir sınırlama getirdiği söylenmektedir. Anayasaya göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar Anayasa m.13'e uygun şekilde yapılmalıdır. Hükmün denetlenmesini talep hakkına getirilecek sınırlamanın da kanunla yapılması, Anayasada öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir. Bu anlamda, sınırlama yapan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp aynı zamanda düzenlemenin uygulamada keyfilğe yol açmayacak derecede belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması beklenmektedir. Söz konusu hakka getirilen sınırlamanın nedeninin Danıştayın iş yükünü azaltmak olduğunu daha önce ifade etmiştik. Öyleyse getirilecek sınırlamaların bu amaca

<sup>77</sup> YILMAZ (2023), s. 1977.

<sup>78</sup> AYM, 26/7/23, 2023/36 E. 2023/142 K.

hizmet etme doğrultusunda ölçülü ve gerekli olması gerekmektedir. Miktar itibariyle temyiz parasal sınırının altında kalan davalarda ilk kez istinaf mahkemesi tarafından davacı aleyhine bir hüküm kurulduğu hallerde temyiz yoluna gidilemediğinden hükmün denetlenmesini talep hakkı ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmaktadır. Bu bakımdan; istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak ilk elden verdiği kararların salt davanın konusu olan para tutarının parasal sınırın altında kalması sebebiyle kesin sayılması, Danıştay'ın iş yükünü azaltma amacı ile davacıların kararlarını denetletme hakkını kullanmalarıyla elde edecekleri menfaat arasındaki makul dengeyi onlar aleyhine bozabilecek niteliktedir.<sup>79</sup> Dolayısıyla istinaf merciin yerel mahkeme kararını kaldırarak yeni ve başka bir karar verdiği durumlarda temyiz yoluna başvuruya ilişkin bir istisna yaratılmamış olması menfaat dengesini davacılar aleyhine bozarak hükmün denetlenmesi hakkının kullanılmasında önünde orantısız bir engel oluşturmaktadır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, 2575, 2576 ve 2577 sayılı kanunların hiçbirinde bölge idare mahkemesi kararlarını temyiz yoluna götürülebilmek için aranan parasal sınır tespitinde hangi tarihteki sınır miktarının dikkate alınacağı belirlenmemiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Danıştay dava dairelerinin çoğu, bu belirlemede, bölge idare mahkemesinin karar tarihini esas almaktadır. İstinaf başvurusunun karara bağlandığı tarihte geçerli olan parasal sınırın esas alınması halinde, davasını açtığı tarihte, verilecek kararı temyiz etme hakkı bulunan davacı, aradan geçen zaman diliminde davanın konusu olan para miktarının, yeniden değerlendirme oranına göre belirlenen parasal sınırın altında kalması nedeniyle bu hakkını kaybedebilmektedir. Bu yönüyle, temyiz yolu açık kararların belirlenmesinde parasal sınırın her sene güncellenerek artırılması suretiyle hangi tarihteki miktarın dikkate alınması gerektiği konusunda yeterli açıklık ve netlik olmadığı, belirlilik ve öngörülebilirliğe sahip olmadığı, bu anlamda kanunilik şartını taşımadığı görülmektedir. Kanuniliğin sağlanması ve bahsedilen olumsuz sonuçların aşılması adına, temyiz bakımından aranan parasal sınırın her yıl artırılmasının belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesini ihlal etmesi sebebiyle her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle değil beş yılda bir yasal düzenlemeyle sabit olarak tespit edilmesi savunulmaktadır.<sup>80</sup>

Görüldüğü üzere, İYUK m.46/b'nin uygulanması ile ilgili sorun, temyiz parasal sınırının hangi tarihteki değerinin dikkate alınacağı konusunda kanunda bir belirlilik olmaması sebebiyle hükmün Danıştay dava dairelerince daraltıcı yorumlanmasından kaynaklanmıştır. Danıştay dava daireleri, temyiz hakkının

<sup>79</sup> Turgut CANDAN, Düşüncelerim, <https://turgutcandan.com/2023/10/27/idari-yargida-kanun-yollarinda-parasal-sinirin-anayasa-mahkemesince-iptali-ve-sonuclari/>, ET: 9/11/23.

<sup>80</sup> BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 92.



varlığının tespitinde bölge idare mahkemesinin karar verdiği anda geçerli olan parasal sınırı esas almıştır. Oysa hükmün denetlenmesini talep hakkının temel hak ve özgürlüklerle yakından ve doğrudan ilgisi göz önünde bulundurulduğunda bu hakkın sınırlanmasına yol açan hükmün dar yorumlanmaması gerekir. Çünkü temel hak ve özgürlüklerle ilgili yasal düzenlemelerin yorumunda daraltıcı değil genişletici yorum yapılması esastır. Kaldı ki belirliliği sağlamaya yönelik yapılan yorum ile varılan sonuç da belirliliği sağlamaktan uzaktır. Davacının dava açtığı tarihte yürürlükte ve temyiz sınırı olarak uygulanmakta olan miktar hem davacı tarafından hem de karar verdiği anda hakim tarafından bilinmekteyken, kararın verileceği anı dahi öncesinde tespit edemeyen davacının o andaki temyiz sınırını öngörmesi de mümkün değildir. Bu durumda, belirlilik koşulunu taşıyan tek tarihin dava tarihi olduğunda da kuşku yoktur. Bu bakımdan; bentle ilgili yorumun dava tarihi esas alınarak yapılması gerekirken istinaf kararının tarihi esas alınarak yapılması, temyiz hakkını ve dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep hakkını kanunda öngörülme biçimde daraltan bir yorumdur ve hukuka uygunluğu savunulabilir değildir.

Mahkemenin idari yargıda temyiz yoluna ilişkin parasal sınırı iptal etmiş olması, temyize ilişkin parasal sınırın bundan böyle tamamen ortadan kalktığı sonucunu doğurmamaktadır. Zira Mahkemenin, AİHM kararlarından yola çıkarak oluşturduğu kanaat ve kabul üzerine, kanun yollarına ilişkin parasal sınırların bulunması tek başına Anayasa m.36'da düzenlenen mahkemeye erişim hakkını ihlal anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu iptal kararında ilgili hükmü yalnızca belirlilik ve münhasır durumlarda hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından koruma sağlamaması gerekçeleriyle iptal etmiştir. Dolayısıyla, iptal kararının yürürlüğe girmesine kadar geçecek süreçte, iptal gerekçesinde temas edilen belirsizlikleri gidermek suretiyle parasal sınıra ilişkin yeni bir düzenleme getirilmesi mümkündür.

## B. İptal Kararının Devam Eden Davalar Bakımından Etkisi

İptal kararı ile birlikte 2023 yılı itibarıyla konusu 581.000 TL'nin altında kalan davalar hakkında temyiz yoluna başvurulamamasına sebep olan kural, Anayasa aykırılığına karar verilerek ortadan kaldırılmıştır.<sup>81</sup> Ancak kararın yürürlüğü, iptal nedeniyle doğacak hukuk boşluğun kamu yararını ihlal edeceği düşünülür-

<sup>81</sup> Karakoç'a göre, teknik olarak Anayasa Mahkemesinin bir hükmün anayasa aykırılığı yönünde verdiği karar esasında bir iptal kararı değildir; çünkü iptal kararı ile hüküm konulduğu andan itibaren hukuk dışına bırakılmaktadır. Yani iptal kararı, hukuka aykırılığa karar verilen hüküm veya işlemi tesis edildiği andan geçerli olmak üzere hukuk dünyasından siler. Öyleyse Anayasa mahkemesinin bir hükmün anayasaya aykırılığı yönünden verdiği karar hukuken "kaldırma" niteliğindedir. Bkz.: Yusuf KARAKOÇ, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlüğe Girmesi ve Sonuçları", Danıştay Başkanlığı, 138. Y. 2006, s. 181.

ğünden 9 ay süreyle ertelenmiştir. Yasama organından beklenen, bu süreçte temizde parasal sınıra ilişkin iptal kararı gerekçelerini dikkate alarak yeniden düzenleme yapmasıdır.<sup>82</sup> Zira 6216 s. Kanun<sup>83</sup> m.66/1'e göre, "... Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar". Mahkeme kararının yasama organını bağlaması ancak, iptal kararında kararın yürürlüğe giriş tarihinin ertelendiği durumlarda iptal kararıyla ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak suretiyle olur. Oysa kanun koyucunun ortaya çıkan hukuki boşluğa rağmen harekete geçmemeyi tercih etmesi ya da harekete geçmeyi ertelemesi mümkündür. Böyle bir durum, ortaya çıkan hukuk boşluğu sorununu fiilen çözümsüz bırakır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usullerini düzenleyen 6216 s. Kanuna göre, Anayasa Mahkemesi tarafından aksine karar verilmedikçe kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların yalnız belirli maddelerinin iptaline karar verilmesi halinde bunlar, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Ancak Mahkeme, iptal kararının yürürlük tarihini de kararında belirleyebilir. Mahkemenin iptal kararının yürürlüğe girmesini ertelediği durumlarda yürürlüğe girmeyen kararın bağlayıcılığından bahsedilemeyecek; iptal kararı doğrultusunda işlem yapma ve karar verme zorunluluğu da doğmayacaktır. Çünkü Anayasa'ya aykırılığı sabit olan kanun hükmü yok hükmünde değildir, iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar yürürlüktedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen ve dolayısıyla hukuk düzenindeki varlığı ortadan kalkan ancak yürürlüğe girişi ileri bir tarihe ertelenen kanun hükmü dikkate alınmak suretiyle devam eden davalarda mahkemeler tarafından karar tesis edilebilmektedir. İşte tam da bu sebeple, iptal kararı yürürlüğe girmeden dahi yasama organınca yeni bir düzenleme yapılması mümkün ve gereklidir.<sup>84</sup> Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesi tarafından saptanan bir kanun hükmünün uygulanabilir kalmasını önlemenin tek yolu budur.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmesinin tek amacı, yasama organına anayasaya aykırı bulunup iptal edilen hüküm yerine yeni düzenleme yapması için süre verilmesi olarak kabul edilirse varılan sonucun yanlış ve anlamsız olduğu değerlendirilebilir. Ortada Anayasa'ya aykırı olduğu açıkça tespit edilerek iptal edilmiş bir hüküm varken, sırf yürürlük tarihinin ertelenmesi, iptal edilen hüküm hukuka uygun kılmayacağından iptal edilen hüküm hiç iptal edilmemiş gibi bu süreçte uygulanması mantık dışıdır. Kaldı ki erteleme süresinin 1 yıla kadar

<sup>82</sup> D. İDDK, 30/10/13, 2010/2292 E. 2013/3366 K.

<sup>83</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun.

<sup>84</sup> KARAKOÇ, s. 186-188.

uzatılması mümkündür. Bu kadar uzun bir süreç boyunca iptal edilen hükmün hukuk düzenince korunması, anayasa aykırılık tespitini ve iptal kararını anlamsız kılacaktır.<sup>85</sup>

Danıştay'ın da konuya ilişkin görüşü, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı ile ortaya çıkan hukuki sonuçların, söz konusu hükümlerin yürürlükte bulunduğu dönemlerde açılmış ve iptal kararının verildiği anda derdest durumda olan davalarda göz önünde alınması gerektiği yönündedir.<sup>86</sup>

Vergi uyumsuzluğuna ilişkin açılan dava devam ederken, davaya konu tahakkuk fişini düzenleyen kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açılmış ve derece mahkemesinde dava devam ederken Anayasa Mahkemesi kanun hükmünün iptali kararını vermiştir. İptal kararının yürürlük tarihinin ileri bir tarihe ertelenmiş olması dolayısıyla vergi mahkemesi tarafından Anayasa m.153 (iptal kararlarının geriye yürümeyeceği) hükmü esas alınmak suretiyle dava, iptal edilen kanun hükmü kapsamında görülmüştür. Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile kanun koyucu tarafından giderilmesi gereken hukuki bir boşluk doğmuş, bu boşluk dolayısıyla mükellef, iptal kararının yürürlük tarihine kadarki süreç boyunca zarara uğramıştır. Söz konusu karar, Danıştay 4. Dairesi tarafından, iptal kararının ileriye dönük olarak ertelenmiş olmasının görülmekte olan davalarda Anayasa'ya aykırılığı saptanarak iptal edilen hükmün uygulanması sonucunu doğuramayacağı gerekçesiyle vergi mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Öğretide Karakoç, aksine bir yorumla, iptal kararının bağlayıcılığının kararın yürürlüğünden önce başladığının kabulü yürürlüğün ertelenmesini anlamsız hale getireceğinden yürürlük tarihine kadarki süreçte hükmün mevcut haliyle uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz.: KARAKOÇ, s. 184. Başka bir gerekçeyle de aksi yorum yapan Küçük, AYM tarafından verilen iptal hükmüyle Anayasaya aykırılığı sabit ve bilinir hale gelen bir hukuk kuralı, Anayasal hükümler icabı resmi olarak yürürlüğünü sürdürmeye devam etmekte olduğu için uygulanması gerektiği fikrini savunur. Bkz.: Adnan KÜÇÜK, "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2013, S. 3, s. 322. Özbudun da, Anayasaya aykırılığı saptanmış bir normun bir yıla kadar varabilen bir ek süre için yürürlüğünü devam ettirmesi sakıncasız sayılmayacağını, iptal edilen hükmün teknik yönden geçerliliğini koruduğu ancak sosyolojik olarak geçerliliğini yitirdiğini ifade etmektedir. Bkz.: Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 446.

<sup>86</sup> Söylemek gerekir ki, Yargıtay'ın konuya yaklaşımı aynı yönde değildir. Danıştay için yaptığımız bu açıklama Yargıtay'ın bu şekilde değildir. Yargıtay, yürürlük tarihinin ertelendiği hallerde halen yürürlükte olan hukuka aykırılığı tespit edilmiş normun uygulanması gerektiğini aksi takdirde somut norm denetimi mantığına aykırı hareket edilmiş olacağını savunmaktadır. Y.13.CD, 11/6/12, 2012/2085 E. 2012/13705 K. (*hukuktürk*); Y.12.CD, 14/6/13, 2013/8294 E. 2013/16324 K; Y.12. CD, 13/6/13, 2013/11049 E. 2013/16111 K. (*kazancı*).

<sup>87</sup> Danıştay 4. Dairesi'nin söz konusu kararında; Anayasa Mahkemesi'nce bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğunun bilindiği halde görülmekte olan davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesinin Anayasa'nın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği belirtilmiştir. Bkz.: D. 4D, 9/5/11, 2011/2546 E. 2011/3384 K. Benzer yönde bkz.: D. 2D, 1/6/2005, 2004/1545 E. 2005/1886 K; D. 7D, 24/5/12, 2009/9279 E. 2012/2466 K; D. 8D, 30/3/10, 2008/6287 E. 2010/1548 K. (*uyap portal*).

Yine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ertelemiş olmasının yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olduğunu vurgulamıştır. Kararın devamında erteleme süresi içinde iptal edilen hükme göre karar verilmesinin, Anayasa'ya aykırılığı hükmen saptanmış bir kuralın uygulanmasının hukuken korunması gibi bir sonuca neden olacağı ve bunun Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceğine karar vermiştir.<sup>88</sup>

Kararla ilgili yapılacak bir diğer değerlendirme de, yasama organına tanınan dokuz aylık erteleme süresinde karar gerekçesine uygun yeni bir düzenleme yapılmaması halinde bu sürenin sonunda uygulamanın nasıl olacağıdır. Yeni düzenleme yapılmadığı takdirde, maddenin ilk fıkrasının "... bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştay'da, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir." hükmü gereğince, daha önce parasal temyiz sınırını aşmış olmaları sebebiyle temyize tabi olan kararlara da temyiz yolu kapanmış olacaktır. Zira vergi, tam yargı ve iptal davalarında dava konusu para miktarının 100.000 TL'yi aşan bölge idare mahkemelerince verilen kararların temyiz edilebilmeleri, İYUK m.46/b'nin yürürlükte olması ile mümkündür. Bahse konu düzenleme yürürlükten kalkınca, konuları olan para miktarı ne olursa olsun anılan davalarda verilen istinaf kararlarının temyizi olanaksızlaşır. Bir şeyi sayma yoluyla belirtiyorsak, orada sayılmayanlar kapsam dışı bırakılmaktadır.

## V. HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP HAKKININ SINIRLANMASINDA DANIŞTAYIN İŞ YÜKÜNÜN AZALTILMASI AMACININ MEŞRULUĞU

Yukarıda değindiğimiz üzere, hükmün denetlenmesini talep hakkı, hak arama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilen ve bu hakkın kapsamında kalan bir haktır. Dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlandırılmasına ilişkin değerlendirmede bulunurken hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması boyutuyla değerlendirme yapmak gerekir. Anayasa Mahkemesi çalışmamıza konu kararında da hükmün denetlenmesini talep hakkına getirilen sınırlamanın anayasaya aykırılığı incelenirken hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme, belli bir tutarı aşmayan kararlara karşı kanun yolunun kapatılarak hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasının amacının Danıştay'ın iş yükünün azaltılması olduğunu ifade etmiş, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik getirilen parasal sınırın söz konusu amacı

<sup>88</sup> D. İDDK, 30/10/13, 2010/2292 E. 2013/3366 K. Vergi Dava Daireleri Kurulunun da konuya ilişkin aynı görüşte kararları mevcuttur: D.VDDK, 10/6/2006, 2005/255 E. 2006/181 K; D. VDDK, 29/5/13, 2013/8 E. 2013/227 K. (uyap portal).

gerçekleştirmeye yönelik ölçülü bir sınırlama olmadığına karar vermiştir.<sup>89</sup> Kararda, hak arama özgürlüğü ile Danıştay'ın iş yükünün azaltılması amacı arasında makul bir denge gözetilmesi gerektiği vurgulanmış; Anayasada sınırlama sebebi öngörülmemiş bir temel hak olan hak arama özgürlüğünün sınırlanması mahkemelerin iş yükünü azaltmak gibi bir değerle meşrulaştırılmıştır. Bu gerekçenin, Mahkemenin [Danıştay'ın] iş yükünün azaltılmasının hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması-na meşruluk kazandırıp kazandırmayacağı tartışılmalıdır.

Anayasa m.13'e göre bir hakkın sınırlandırılması ancak o hakkın düzenlendiği hükümde gösterilen özel sınırlama nedenlerinin varlığı halinde mümkündür.<sup>90</sup> Bu tespit, düzenlendiği hükümde hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen temel haklar ile özgürlüklerin sınırsız kullanıma açık olup olmadığı sorusunu karşımıza çıkarmaktadır.<sup>91</sup> Sınırsız bir hak ve özgürlük düşüncesi kabul edilemeyeceğinden Anayasada bazı hak ve özgürlükler için hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olmasının o hakkın kullanımını tümüyle sınırsız hale getirmediği kabul edilmektedir.<sup>92</sup> Doktrinde bu konuda “*eşyanın tabiatında mevcut objektif sınırlar*”<sup>93</sup> veya “*içkin sınırlar*”<sup>94</sup> teorileri ortaya atılmıştır.

Anayasal sınırlamalar genellikle sınırladığı temel hak ve özgürlüğe ilişkin maddenin içinde yer alırlar. Birtakım hak ve özgürlükler içinse genel ya da özel hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Hak ve özgürlüklere ilişkin hiçbir sınırlama sebebi gösterilmese bile bunların kendi doğasından ve niteliğinden kaynaklanan sınırlarının bulunduğu, bir hakkın ancak kendi doğasından kaynaklanan sınırları içinde korunabileceği kabul edilmektedir.<sup>95</sup>

<sup>89</sup> Mahkemeye göre, “... tutarı itibariyle önemsiz kabul edilemeyecek davalarda ilk kez bölge idare mahkemesince davacı aleyhine verilen bir hüküm kurulması durumunda kişilere aşırı külfet yüklemekte, Danıştayın iş yükünün azaltılması amacı ile davacıların hükmün denetlenmesini talep etme haklarını kullanmadaki menfaatleri arasında denge davacılar aleyhine bozulmaktadır. Bu nedenle konusu 581.000 TL altında kalan tüm vergi davaları tam yargı davaları ve idari işlemlerden kaynaklanan davalarda ilk kez davacılar aleyhine hüküm kuran bölge idare mahkemesi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulmaması hükmün denetlenmesini talep etme hakkına orantısız bir sınırlama getirmektedir”.

<sup>90</sup> Anayasa m.13; “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*”.

<sup>91</sup> Mehmet SAĞLAM, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2002, C. 18 S. 1, s. 21.

<sup>92</sup> SAĞLAM, s. 93.

<sup>93</sup> ÖZBUDUN, s. 113.

<sup>94</sup> İçkin sınırlar teorisini ortaya atan, Alman hukukçu Friedrich Müller'dir. İçkin sınırlara ilişkin teorilerin ortak özelliği, tüm temel haklar için geçerli olmasıdır. Teoriye ilişkin açıklamalar için bkz.: Arda ATA-KAN, “Friedrich Müller'in 'Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı' Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2010, C. 16, S. 3-4, s. 16 vd.

<sup>95</sup> Tijen DÜNDAR SEZER, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Anayasa Hukuku

Hakkın doğası gereği sınırlı olduğu anlayışı, Anayasanın 12. maddesinde ifade edilen ve hakkın doğasında var olan ödev anlayışına dayandırılmaktadır.<sup>96</sup> Zira Anayasa m.12'de hak ve ödev ilişkisi düzenlenerek temel hakların doğal sınırı ortaya konulmuştur. Anılan maddenin 2. fıkrası, “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*”. biçimindedir. Bu fıkranın gerekçesine baktığımızda ise temel hak ve özgürlüklerin ikinci bir niteliği olarak bunların, içinde yaşanılan topluma, aileye ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları beraberinde getirdiği, kişinin sahip olduğu hak ve özgürlükleri kullanırken bu ödev ve sorumlulukları göz önünde bulundurmamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Dahası, yasama sürecinde Danışma Meclisinin kabul ettiği halinde yer alan “*Temel hak ve hürriyetler, ancak bu ödev ve sorumluluklara bağlı olarak kullanılabilir*” ifadesinin ikinci fıkranın yeterince açık ve belirli olması sebebiyle Milli Güvenlik Konseyince madde metninden çıkarılmıştır.<sup>97</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılmasında özel sınırlama sebebi sisteminin öngörüldüğü anayasal sistemimizde, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler dışında hakkın sınırlandırılmasından söz edilemez.<sup>98</sup> Öte yandan, yukarıda açıklandığı gibi, her hakkın, kişinin menfaatlerini korumak yanında ona ödevler yüklediği ve doğası gereği sınırlar içerdiği kabul edilmektedir.<sup>99</sup>

Hiçbir sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerden biri de hak arama özgürlüğüdür. Anayasa Mahkemesinin, hiçbir hak ve özgürlüğün kullanımının sınırsız olmadığı gibi hak arama özgürlüğünün de sınırsız bir şekilde kullanılamayacağını, hak arama özgürlüğünün nesnel sınırları çerçevesinde kullanılabileceğini ifade ettiği kararlarına rastlanmaktadır. AİHM kararlarında da hak arama özgürlüğünün doğasında birtakım sınırlandırmalar olduğu ve doğası gereği sınırlandırılacağı görüşüne rastlanmaktadır.<sup>100</sup> AİHM, söz konusu kararlarda mahkemeye erişim

Dergisi, Y. 2014, C. 3, S. 5, s. 378; SAĞLAM, s. 21. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin değerlendirmesi için: “*Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır*” Bkz.: AYM, 22/11/12, 2012/132 E. 2012/179 K. RG, 26/7/13, S. 28719.

<sup>96</sup> Abdurrahman EREN, Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 567, s. 580.

<sup>97</sup> <https://www.anayasa.gov.tr/> (ET: 25/5/24).

<sup>98</sup> Kemal GÖZLER, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 349.

<sup>99</sup> EREN, s. 585; Yavuz ATAR, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 133.

<sup>100</sup> AİHM, 21/02/1975, Golder/Birleşik Krallık, B. No: 4451/70; AİHM, 28/5/1985, Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78. (hudoc). Ahmet EKİNCİ, “Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 18, S. 3-4, s. 830.

hakkının dayanağı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde sınırlama rejimi düzenlenmemiş olmasına rağmen bunun mahkemeye erişim hakkının hiçbir surette sınırlandırılmayacağı anlamına gelmeyeceğini hakkın niteliğinden kaynaklı sınırlamaların devletin takdir yetkisinde olduğunu vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, anayasada sınırlama sebebi öngörülmemen temel hakların Anayasanın diğer hükümlerine dayanarak ya da belli başlı bazı hükümlerle bir arada değerlendirilerek sınırlanması gerektiğini kabul etmiş; bu nesnel sınırları farklı kararlarda farklı gerekçelere dayandırarak tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu m.272/3-a bendinde yer alan *"ceza mahkemelerince hükmedilen iki bin liraya kadar adli para cezalarına ilişkin hükümlerin temyiz edilemeyeceği"*ne daire hükmü incelediği kararında hak arama özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Mahkemeye göre, *"... hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasanın 142 ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden anayasanın 141. Maddesinin hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerekir"*.<sup>101</sup> 141 ve 142. Maddelerin hak arama özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde gözetileceği vurgusu, hak arama özgürlüğünün düzenlendiği hükümde sınırlama sebebine yer verilmesi de diğer anayasa hükümleri ele alınarak sınırlama sebeplerinin ortaya koyulabileceğine işaret etmektedir.<sup>102</sup>

Anayasa Mahkemesinin hak arama özgürlüğünün nesnel sınırlarının varlığını ortaya koymaya çalıştığı bir başka karar da evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesi talebinde bulunabilmek için sahip olunan dava hakkının evlat edinme işleminin üzerinden 5 yıl geçmekle düşeceğine ilişkin hükmü incelediği karardır. Burada Mahkeme, dava açma hakkının nesnel sınırını Anayasanın 41. maddesine dayandırmış ve dava hakkını 5 yıllık süreye bağlayan düzenlemenin kişinin dava hakkına ölçsüz bir sınırlama getirerek hak arama özgürlüğünün özüne zarar verdiğine karar vermiştir.<sup>103</sup>

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin yorumu, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olmasına rağmen Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan nesnel kurallara dayanarak hakkın sınırlandırılmasının mümkün olduğu şeklindedir. Öyleyse, Anayasa'da açık olarak ifade edilmese de bir hakkın sınırı ya da sınırlanmasında diğer hak ve özgürlükler birer sınır olarak değerlendirilmek suretiyle somutlaşabilecektir.

<sup>101</sup> AYM, 23/7/2009, 2006/65 E. 2009/114 K. RG, 7/10/2009, S. 27369.

<sup>102</sup> DÜNDAR SEZER, s. 392.

<sup>103</sup> AYM, 27/12/12, 2012/35 E. 2012/203 K. RG, 12/7/13, S. 28705.

Anayasa Mahkemesinin temyiz kanun yolunda parasal sınırın iptaline ilişkin verdiği kararda ise hak arama özgürlüğünün (hükmün denetlenmesini talep hakkının) sınırlama gerekçesi olarak Danıştay'ın iş yükü gösterilmiş, ardından bu gerekçenin hakkın sınırlanmasında meşru olduğu kabulü yapılarak ölçülülük incelemesine geçilmiş ve ölçülü bulunmayarak hükmün iptali yönünde karar verilmiştir.

Bir hakkın kullanımının sınırlanma şartlarında, sınırlama sebebinin meşru olması başka, ölçülü olması başka bir şeydir. Sınırlama sebebinin meşru olması, anayasanın ilgili hükmünde o hak ve özgürlük için öngörülmüş sınırlama nedenlerine dayanılmasıdır.<sup>104</sup> Sınırlamanın ölçülü olması ise, hakkın sınırlanmasında müracaat edilen aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amaç arasında makul bir oran olmasıdır. Sınırlamanın hukuka uygunluğu incelenirken önce meşruluğunun değerlendirilip sonra ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi uygun olur. Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararında ise sınırlama sebebi olarak gösterilen Danıştay'ın iş yükü gerekçesi meşru bir zemine oturtulmamış, dayanaksız bir gerekçedir ve dayanaksız gerekçenin ölçülü olup olmadığı tartışılmıştır. Mahkemenin hak arama özgürlüğünü Danıştay'ın iş yükü amacı ile sınırlandırma konusunda yaptığı değerlendirmede açıkça yer almamakla birlikte varsayımsal olarak Anayasanın 141 ve 142. Maddelerine dayandığı söylenebilir. İlgili maddelere dayanılarak ucu açık bir şekilde sonsuz farklı sınırlama sebebi ortaya konabilir. Bu da doğal olarak hakkın özünü ihlal etmekte ve bu hakla korunmak istenen menfaat zedelenmektedir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı isabetli kabul edilse dahi, dayandığı gerekçenin ölçülülüğe dair değerlendirmede bulunduğu kısmı sorunlu görünmektedir. Hakkın düzenlendiği hükümde sınırlama sebebi yer almaması durumunda, nesnel bir sınır çizilecekse temel hakkı sınırlandırmaya dayanak olabilecek bir başka anayasal/yasal hükmün ortaya konması, eğer varsa 13. maddedeki sınırlama ilkelerinin kritiğinin yapılması uygun düşer. Aynı zamanda, sınırlama sebebi öngörülme-yen temel hakların diğer Anayasa hükümlerine doğrudan dayanılarak ya da Anayasanın belirli hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle sınırlanmasında özgürlük lehine yorum yapılması, 13. maddedeki ölçütlerin mutlaka etkili bir şekilde kullanılması gerekir. Öyleyse, hak arama özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmaların ancak açık anayasal hükümler ve özellikle temel hak çatışmalarıyla haklı kılınmaları gerekir.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> ÖZBUDUN, s. 113.

<sup>105</sup> DÜNDAR SEZER, s. 402.



## SONUÇ

Anayasa m.36'da düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini teminat altına almaktadır. 2577 s. Kanun'un "*Temyiz*" başlıklı m.46/1-b bendi, konusu yüz bin Türk lirasını (2023 itibariyle 581.000; 2024 yılı için 920.000 TL) aşan uyuşmazlıklara ilişkin bölge idare mahkemesi kararlarının temyize tabi olduğu kurala bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, yargılama usulüne ilişkin parasal sınırların ölçülü ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması kaydıyla Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığına karar vermektedir. Mahkeme burada ölçülülüğü "*önemlilik ölçütü*" kullanarak dava değerine göre tespit etmektedir. Mahkemeye göre parasal yönden daha az önemli sayılabilecek davalar için temyiz sınırı öngörülmesinin ve kanunda belirlenen sınırın, adalet duygusunu rencide edecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacak boyutta bulunmaması durumunda, öngörülen bu sınır, hak arama özgürlüğünü ihlal etmeyecektir. Yani Mahkeme, davaların öneminin parasal değerlerine göre ölçüleceği görüşünü savunarak bir önemlilik kriteri yaratmıştır. Oysa haklılığın değerinin paranın miktarıyla ölçülmesi adalet kavramından uzak bir düşüncedir.

Konunun bu yönü bir tarafa bırakılırsa, parasal sınıra ilişkin asıl sorun yaratan nokta, 2577 s. K. Ek madde 1'de, bu Kanun'da öngörülen parasal sınırların önceki yılda uygulanan parasal sınırların her sene 213 s. Kanun uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılması suretiyle uygulanacağı öngörmesine rağmen temyiz şartı olarak parasal sınırın yargılamanın hangi andaki değerinin dikkate alınacağını öngörmemesidir. Uygulamada Danıştay, temyiz hakkının varlığının tespitinde istinaf mahkemesinin hüküm tarihinde geçerli sınırı dikkate almaktadır. Dava tarihi ile hüküm tarihi arasındaki süreçte her sene güncellenen parasal sınırın derdest davalara uygulanması, davanın açıldığı yıl sonuçlandırılmamış olması sebebiyle karar verildiği tarihte temyiz sınırının yükselmiş olmasından dolayı kararın temyiz edilememe külfetinin davacı tarafa yüklenmesi anlamına gelir, kaldı ki çoğu zaman da davalar açıldığı yıl sonuçlanmaz. Danıştay uygulamasının bu yönüyle konusu para olan idari davalarda, aslında dava açıldığı tarihte yürürlükteki düzenlemelere göre ileride temyiz edilebilecek davaları, öngörülemez bir şekilde her sene yeniden değerlendirme oranlarına göre temyiz edilebilir olmaktan çıkardığı görülmektedir. Görüldüğü üzere, bendin uygulanması ile ilgili sorun, temyiz parasal sınırının hangi tarihteki değerinin dikkate alınacağı konusunda kanunda bir belirlilik olmaması sebebiyle hükmün Danıştay dava dairelerince daraltıcı yorumlanmasından kaynaklanmıştır.

Öte yandan, usul kurallarının bireyler nezdinde kazanılmış hak yaratmaya-çağı kabulüyle yargılama hukukunda ve yargılama usulüne ilişkin değişikliklerde derhal uygulanma ilkesi geçerlidir. Derhal uygulanma, yeni usul düzenlemele-  
rinin hem yeni kanunun yürürlüğünden sonra açılacak davalarda, hem de eski kanun zamanında açılmış ancak nihayete erdirilmemiş derdest davalara uygula-  
nacak olmasını ifade eder. Bu ilke, temyiz şartı olarak parasal sınırlar bakımından Danıştay uygulamasında karşımıza çıkan durumu haklı kılar. Zira görülmekte olan dava esnasında, davanın bir aşamasında bir usul değişikliği meydana gelmiş-  
tir. Değişikliğin meydana geldiği andaki durumun dikkate alınarak değerlendirilme yapılması yargılama kuralları gereğidir. Burada davacı bakımından, davayı açtığı tarihte temyiz yoluna başvurma hakkını da elde ettiği ve hükmü temyiz edebilme noktasında bir kazanılmış hakkı olduğundan bahsedilemez. Temyiz hakkı davacı bakımından ancak hüküm kurulduğu anda doğar.

Derhal uygulanma ilkesinin varlığına rağmen, hükmün denetlenmesini is-  
teme hakkı, anayasal dayanağı olan temel hak ve özgürlüklerden olduğu için bu tür yasal düzenlemelerin yorumlanması gerektiğinde hakkı daraltıcı eğilim değil genişletici eğilim benimsenmelidir. Öyleyse, davanın açıldığı tarihteki uyumsuz-  
luk konusu dava değerinin temyiz aşamasına gelinceye kadar değersizleştiğini ve hak arama imkanının ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Öncelikle temyiz şartı olarak hangi andaki parasal sınırın uygulanacağına ilişkin açık bir ifadenin kanuna konulması gerekir. Dava devam ederken değişen parasal sınırların gözden geçirilmesi ve yeni parasal sınırların derdest davalar bakımından uygulanmaması değerlendirilmelidir.

Çalışmamızda incelenen Anayasa Mahkemesi iptal kararında Mahkeme, hükmün denetlenmesini talep hakkının (hak arama özgürlüğünün) sınırlanma-  
sında kanunilik ve ölçülülük değerlendirmeleri yaparken sınırlamayı Danıştay'ın iş yükünün azaltılması amacına dayandırmaktadır. Özellikle ilk kez bölge idare mahkemesince esastan inceleme yapılarak hüküm kurulan hallerde temyiz yolu-  
nun parasal sınır sebebiyle kapalı olmasının hükmün denetlenmesini talep hak-  
kının sınırlandırılmasında Danıştay'ın iş yükünün azaltılması karşısında orantısız bir araç olduğu gerekçesini ortaya koyarken söz konusu amacın meşruluğunu hiç değerlendirmemiş, bu amacın meşruluğunu anayasal bir zemine oturtmamıştır.

Hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlanması, diğer temel hak ve öz-  
gürlüklerde söz konusu olduğu gibi ancak Anayasa m.13'te öngörülen ölçütlere uygun biçimde olabilir. Bu ölçütlerden biri de temel hakların sınırlanmasında hakkın düzenlendiği hükümde yer verilen sınırlama sebebine dayanılmış olma-  
sıdır. Sınırlama sebebi öngörülme-yen hakların sınırlandırılmasında ise hakkın doğasından kaynaklanan nesnel sınırlar fikri ortaya atılmış olsa da, bu sınırlar

belirlenirken Anayasa'nın diğer hükümlerine doğrudan dayanılarak ya da belirli hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle sınırlandırılmasında özgürlük lehine yorum yapılması makul olacaktır. Bir özgürlüğün nesnel sınırlarını anayasal başka hükümlere dayandırmadan belirlemek, çalışma konusu kararda da olduğu gibi sübjektif değerlendirmeleri beraberinde getirecektir. Öyleyse, hak arama özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmaların ancak açık anayasal hükümler ve özellikle temel hak çatışmalarıyla haklı kılınmaları gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin aksi yöndeki kabulüne rağmen hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlandırılmasında herhangi bir mahkemenin (çalışma konumuz bağlamında Danıştay'ın) iş yükünün azaltılması amacı meşru görülemez.

**KAYNAKÇA**

- AÇIMUZ, Bige, İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ARAT, Nilay, “Madde 46”, İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Uygulaması Dahil), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022. (Ed. Mustafa Aslan).
- ARIKAN, Abdullah, Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ATAKAN, Arda, “Friedrich Müller’in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’ Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2010, C. 16, S. 3-4.
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- AYDINOĞLU, Zeynep Nihal, “İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.2018 C. 9, S. 34.
- BOZ, Selman Sacit/ TETİK, Ahmet Talha / BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan / NACAĞ, Mehmet, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları: Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları), Asil Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÇAYAN, Gökhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2016, C. 7, S. 28.
- DEMİRKOL, Selami / KOÇ, Melih, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü-Danıştayın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Y. 148.
- DERDİMAN, Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2014.
- DÜNDAR SEZER, Tijen, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Anayasa Hukuku Dergisi, Y. 2014, C. 3, S. 5.
- EKİNCİ, Ahmet, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 18, S. 3-4.
- EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- GÜNDÜZ, Ebru / GÜNDÜZ, Hakan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2022, C. 13, S. 49.

- GÜNDÜZ, Fatma Ebru, İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2007, C.8, S. 32.
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- KARAKOÇ, Yusuf, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlüğe Girmesi ve Sonuçları”, Danıştay Başkanlığı, 138. Y. 2006.
- KÜÇÜK, Adnan, “Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2013, S. 3.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- PEKCANITEZ, Hakan, “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2019, S. 144.
- SANCAKDAR, Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2012.
- SEVİNÇ, Ekin, İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması, AHBVÜHFD, Y. 2020, C. 24, S. 3.
- SÖYLER, Yasin/YILMAZ, Muhammet, Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 29, S. 3.
- TELLİ, Ali, “İstinaf Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Y.148, Ankara, 2016.
- ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ÜSTÜN, Gül, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 2.
- YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan / AZAK, Kerim, Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 2023.
- YILDIRIM, Ramazan, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Y. 147.
- YILDIZ, Hilal, “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2023, S. 168.
- YILMAZ, Ejder, “Hukuk Davalarında Yasa yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 1988, S. 1.
- YILMAZ, Serdar, “İdari Yargıda Parasal Sınırların Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2023, C. 4, S. 72, s. 1905-2006.

**Kararlar****AİHM Kararları**

AİHM, 19/12/97, Brualla Gomez De La Torre v. İspanya, B. No: 155/1996/774/975.

AİHM, 27/11/12, Bayar ve Gürbüz v. Türkiye B. No: 37569/06.

AİHM, 19/12/1997, Brualla Gomez De La Torre v. İspanya, B. No: 155/1996/774/975.

AİHM, 13/9/11, Canbaz/Türkiye, B. No: 3564/06.

AİHM, 21/02/1975, Golder/Birleşik Krallık, B. No: 4451/70.

**AYM Kararları**

AYM, 20/1/1986, 1985/23 E. 1986/2 K.

AYM, 23/5/2001, 2001/232 E. 2001/89 K.

AYM, 23/7/2009, 2006/65 E. 2009/114 K.

AYM, 22/11/12, 2012/132 E. 2012/179 K.

AYM, 27/12/12, 2012/35 E. 2012/203 K.

AYM, 28/11/13, 2013/64 E. 2013/142 K.

AYM, 20/3/14, B. No: 2013/500.

AYM, 4/12/14, 2014/142 E. 2014/182 K.

AYM, 22/2/15, 2014/164 E. 2015/12 K.

AYM, 27/5/15, 2014/176 E. 2015/53 K.

AYM, 22/6/16, 2016/13 E. 2016/127 K.

AYM, 7/12/16, B. No. 2014/3907.

AYM, 28/03/18, 2017/120 E. 2018/33 K.

AYM, 27/12/18, 2018/71 E. 2018/118 K.

AYM, 10/10/19, B. No: 2016/6023.

AYM, 23/10/19, B. No. 2016/15514.

AYM, 15/9/20, B. No. 2017/38981.

AYM, 1/10/20, 2020/21 E. 2020/53 K.

AYM, 14/10/20, B. No: 2018/26178.

AYM, 20/10/20, B. No. 2018/20215.

AYM, 29/4/21, 2020/80 E. 2021/34 K.

AYM, 8/9/22, 2022/56 E. 2022/100 K.

AYM, 16/2/23, 2022/135 E. 2023/30 K.

AYM, 30/2/23, B. No: 2019/19988.

AYM, 26/7/23, 2023/36 E. 2023/142 K.

Danıştay Kararları

- D. 2D, 1/6/2005, 2004/1545 E. 2005/1886 K.  
D. 3D, 6/11/86, 1986/1317 E. 1986/2155 K.  
D. 3D, 26/11/19, 2019/7006 E. 2019/6587 K.  
D. 4D, 6/4/2022, 2022/2418 E. 2022/2219 K.  
D. 4D, 4/10/18, 2018/7388 E. 2018/8614 K.  
D. 4D, 9/5/11, 2011/2546 E. 2011/3384 K.  
D. 5D, 16/2/21, 2019/1655 E. 2021/309 K.  
D. 6D, 19/9/19, 2019/16208 E. 2019/7717 K.  
D. 6D, 23/2/23, 2023/565 E. 2023/1983 K.  
D. 7D, 24/5/12, 2009/9279 E. 2012/2466 K.  
D. 7D, 27/9/18, 2018/958 E. 2018/4050 K.  
D. 7D, 4/10/19, 2019/3475 E. 2019/5248 K.  
D. 8D, 30/3/10, 2008/6287 E. 2010/1548 K.  
D.8D, 30/6/20, 2020/3346 E. 2020/2917 K.  
D. 8D, 22/2/22, 2022/1069 E. 2022/1065 K.  
D. 9D, 20.11.2019, 2019/6812 E. 2019/6040 K.  
D. 10D, 21/10/19, 2019/10499 E. 2019/6955 K.  
D. 10D, 28/5/20, 2020/1370 E. 2020/1413 K.  
D. 10D, 12/10/20, 2020/4748 E. 2020/3610 K.  
D. 10D, 9/9/21, 2021/3226 E. 2021/3994 K.  
D. 12D, 11/4/22, 2021/4237 E. 2022/1701 K.  
D. 13D, 2/10/19, 2019/3365 E. 2019/2915 K.  
D. 13D, 10/9/20, 2020/2231 E. 2020/2039 K.  
D. 13D, 29/12/21, 2022/880 E. 2022/1022 K.  
D. 13D, 19/4/22, 2022/1818 E. 2022/1702 K.  
D. 14D, 17/10/18, 2018/4601 E. 2018/6204 K.  
D. 14D, 20/3/201, 2018/301 E. 2018/1686 K.  
D. 15D, 6/12/17, 2017/3440 E. 2017/7231 K.  
D. 15D, 3/4/18, 2018/748 E. 2018/3303 K.  
D. İDDK, 30/10/13, E.2010/2292, 2013/3366 K.  
D. VDDK, 10/6/2006, 2005/255 E. 2006/181 K.  
D. VDDK, 29/5/13, 2013/8 E. 2013/227 K.

Bölge İdare Mahkemesi Kararları

Erzurum BİM, 3. İDD, 27/10/20, 2018/373 E. 2020/472 K.

İzmir BİM, 3. VDD, 10/9/20, 2020/626 E. 2020/918 K.

Ankara BİM 10. İDD, 22/12/17, 2017/716 E. 2017/1286 K.

Yargıtay Kararları

Y. HGK, 18/1/12, 2012/13701 E. 2012/6 K.

Y. HGK, 9/5/18, 2018/502 E. 2018/1049 K.

Y. HGK, 17/9/19, 2019/60 E. 2019/879 K.

Y. HGK, 5/4/22, 2020/56 E. 2022/438 K.

Y. 15HD, 21/1/21, 2020/1323 E. 2021/124 K.

Y. İBBGK, 13/4/18, 2016/2 E. 2018/4 K.

Y. 6HD, 10/5/23, 2022/1647 E. 2023/1756 K.

Y. 13CD, 11/6/12, 2012/2085 E. 2012/13705 K.

Y. 12CD, 13/6/13, 2013/11049 E. 2013/16111 K.

Y. 12CD, 14/6/13, 2013/8294 E. 2013/16324 K.



# İdari Yargıda Davanın Usulden Reddine Dair Kararlara Karşı Kanun Yolunun Açık Olması Zorunluluğu<sup>(\*)</sup>

## The Obligation to have Legal Remedies Against Decisions Relating to Procedure Rejection of the Case in the Administrative Judiciary

Av. Dr. Yakup Yaşar MİRZAOĞLU<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

İdari yargılama usulünde "istinaf" ve "teyiz" olmak üzere iki olağan kanun yolu öngörülmüştür. Ancak idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen bütün kararlara karşı kanun yollarına başvurulması mümkün olmayıp bu kararlardan bazılarının kesin olacağı öngörülmüştür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45'inci maddesine göre konusu 5 bin (2024 yılı için 31 bin) Türk Lirası'nı geçmeyen davalarda verilen kararlar kesin olup bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Konusu belirli bir meblağın altında kalan davalar için tek dereceli bir yargılama sistemi öngörülmüştür. Uygulamada bu kuralın sadece esasa ilişkin olarak verilen kararlar bakımından değil usule ilişkin olarak verilen kararlar bakımından da uygulandığı görülmektedir. Çalışmada bu kuralın idare ve vergi mahkemeleri tarafından ilk inceleme konularına ilişkin olarak verilen davanın reddi kararları bakımından da uygulanmasının, mahkemeye erişim hakkı bakımından yol açtığı sorunlar, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar ışığında incelenecektir.

### Anahtar Kelimeler:

Kanun Yolları, Parasal Sınır, İlk İnceleme, Davanın Usulden Reddi, Mahkemeye Erişim Hakkı.

### Abstract:

In the administrative trial procedure, two ordinary legal remedies are foreseen: "first-degree appeal" and "appeal". However, it is not possible to take legal action against all decisions made by administrative and tax courts, and it is envisaged that some of these decisions will be final. According to Article 45 of the Administrative Procedure Law No. 2577, the decisions given in cases whose subject matter does not exceed 5 thousand (31 thousand for 2024) Turkish Liras are final and it is not possible to appeal against these decisions. A single-level trial system is envisaged for cases whose subject matter is below a certain amount. In practice, it is seen that this rule is applied not only in terms of decisions made on the merits but also in terms of decisions made on procedural matters. In the study, the problems caused by the application of this rule in terms of the rejection of the case given by the administrative and tax courts regarding the initial examination issues, in terms of the right of access to the court, will be examined in the light of the decisions given by the Constitutional Court.

### Keywords:

Legal Remedies, Monetary Limit, Initial Examination, Procedural Rejection of the Case, Right of Access to the Court.

(\*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 05.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 19.04.2024.

(\*\*) Ankara Barosu, Avukat, Ankara - Türkiye,

E-posta: av.mirzaoglu@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0009-0004-1838-1494>.

## GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 45 ve 46'ncı maddelerinde "istinaf" ve "temyiz" olmak üzere iki tür olağan kanun yolu öngörülmüştür. Kanunun, istinaf kanun yolunu düzenleyen 45'inci maddesinde idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, kararı veren mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen usule ve esasa ilişkin nihai kararlara karşı kural olarak istinaf kanun yoluna başvurmak mümkündür.<sup>1</sup> Ancak yine 45'inci madde ile bu genel kurala bir istisna getirilmiş ve konusu 5 bin (2024 yılı için 31 bin) TL'yi geçmeyen davalar hakkında verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

İstinaf kanun yoluna başvuru hakkına getirilen bu sınırlandırmanın mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olduğu açıktır. Esasa ilişkin olarak verilen kararlarda, yasa koyucunun takdiri ile kanunda belirlenecek parasal sınırların altında kalan davalar için tek dereceli yargılama sistemi mahkemeye erişim hakkı açısından bir ihlale yol açmayabilir. Bu çalışmada konusu belli bir parasal sınırın altında kalan davalarda verilen usule ilişkin nihai kararların kesin olup olamayacağı ve bu nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilip başvurulamayacağı sorunu ele alınacaktır.

<sup>1</sup> Metin Günday, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2022, s.505; Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2023, s.1364-1365.

<sup>2</sup> **İYUK 45/1:** "İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz."

Anayasa Mahkemesi, 26.10.2023 tarihinde vermiş olduğu kararla, İYUK'un 45/1'inci maddesinde yer alan "ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz" cümlesini, "kanunilik" kriterini sağlamadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, tek dereceli yargılamanın anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle değil, istinaf kanun yoluna başvuru sınırını belirleyen parasal sınırın hangi tarihteki parasal sınır olacağına kanunda açıkça belirtilmemesinin kanunilik kriterini sağlamadığı gerekçesiyle verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "İstinafa tabi kararların belirlenmesine ilişkin parasal sınırın her yıl güncellenmesi nedeniyle hangi tarihteki parasal sınıra göre istinaf kanun yoluna başvurulabileceğinin kanunda belirli bir açıklıkta ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Ancak kurallarda veya farklı mevzuatta bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İstinaf kanun yoluna başvuru açısından hangi tarihteki parasal sınırın esas alınacağına açık, net ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmemesi nedeniyle kuralların kanunilik şartını taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır." AYM, E.2023/81, K.2023/184, Karar Tarihi: 26.10.2023, R.G.: S.32406, Tarih: 21.12.2023.

İptal kararının 9 ay sonra, yani 21.09.2024 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Yasama organının, bu 9 aylık süre içerisinde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının gerekçesine uygun olarak ve tek dereceli yargılama sisteminin devamını sağlayacak nitelikte yeni bir düzenleme yapacağı kanaatindeyiz.

İYUK'un "Dilekçeler üzerinde ilk inceleme" başlıklı 14'üncü maddesinde, mahkemelerin dava konusu uyuşmazlığın esasına girmeden önce dava dilekçesi üzerinden yapması gereken ilk inceleme konuları<sup>3</sup> sayılmış, 15'inci maddesinde de yapılacak olan bu ilk inceleme aşamasında hukuka aykırılık tespit edilmesi halinde hangi kararların verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, açılan davanın adli yargının görev alanına girdiğinin, ehliyetsiz bir kişinin dava açtığı, dava konusu uyuşmazlığın idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı ve davanın süresinde açılmadığının tespit edilmesi halinde mahkemeler "davanın reddine" karar vermektedir.<sup>4</sup> Kanunun 15'inci maddesinin dördüncü fıkrasında ise ilk inceleme konularına ilişkin verilen davanın reddi kararlarına karşı ilgisine göre istinaf veya temyiz kanun yolunun açık olduğu ifade edilmiş, üstelik bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilmesi için herhangi bir parasal sınır da öngörülmemiştir.<sup>5</sup>

İstinaf kanun yoluna ilişkin İYUK'taki düzenlemelere göre, konusu 45'inci maddede öngörülen parasal sınırın altında kalan davalarda **esasa ilişkin** olarak verilen davanın reddi kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı kanun yollarına başvurulamayacağı hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.<sup>6</sup> Buna karşılık İYUK'un 15'inci ve 45'inci maddelerinde yer alan düzenlemeler, konusu 45'inci maddede öngörülen parasal sınırın altında kalan davalarda, ilk inceleme konularına dair **usule ilişkin** verilen davanın reddi kararlarının kesin olup olmayacağı ve bu kararlara karşı kanun yollarına başvurulabilip başvurulamayacağı sorununu da beraberinde getirmektedir.

Uygulamada, konusu 45'inci maddede öngörülen parasal sınırın altında kalan davalarda idare ve vergi mahkemeleri tarafından esasa ilişkin olarak verilen

<sup>3</sup> İYUK 14/3: "Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

- a) Görev ve yetki,
- b) İdari merci tecavüzü,
- c) Ehliyet,
- d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
- e) Süre aşımı,
- f) Husumet,
- g) 3 ve 5'inci maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla incelenir."

<sup>4</sup> Mahkemelerin ilk inceleme konularına ilişkin vermiş olduğu davanın reddi kararları dava konusu uyuşmazlığın esasına ilişkin olmayıp usule ilişkin kararlardır. Usule ilişkin olarak verilen bu kararların dava konusu uyuşmazlığı sona erdirmeye fonksiyonu bulunmamaktadır.

<sup>5</sup> İYUK 15/4: "İlk inceleme üzerine Danıştay veya mahkemelerce verilen; bu maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin kararla, 1/c bendinde yazılı gerçek hasma tebliğ ve 1/d bendindeki dilekçe red kararları dışında, ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir."

<sup>6</sup> Konusu belli bir meblağın altında kalan davalarda verilen esasa ilişkin nihai kararlara karşı kanun yollarının kapatılmasının mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açıp açmadığı, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Anayasa Mahkemesi'nin konu ile alakalı vermiş olduğu kararlar çerçevesinde incelenecektir.

davanın reddi kararlarının yanında usule ilişkin olarak verilen davanın reddi kararlarının da kesin olduğunun ve usule ilişkin bu nihai kararlara karşı da kanun yollarına başvurulamayacağına kabul edildiği görülmektedir.<sup>7</sup>

İYUK'un 14'üncü maddesinde düzenlenen "görev", "yetki", "ehliyet", "idari merci tecavüzü", "dava açma süresi" ve "dava dilekçelerinin kanunda öngörülen şekil şartlarına uygun olması" gibi ilk inceleme konuları, genel itibariyle kişilerin mahkemeye erişim haklarının sınırlandırılmasına neden olabilmektedir. İlk inceleme konularına ilişkin verilen nihai kararların kesin olduğunun kabul edilmesi, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bu kararların kanun yolu denetiminden geçmesini imkânsız hale getirmektedir. Çalışmada, "nihai karar" ve "kanun yolu" kavramları üzerinde kısaca durulduktan sonra kanun yollarına başvuru hakkı ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişki incelenecek ve ilk inceleme konularına ilişkin verilen "davanın usulden reddine dair kararlara karşı" istinaf kanun yoluna başvurulamamasının mahkemeye erişim hakkı bakımından yol açtığı sorunlar, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenecektir.

## I. GENEL OLARAK NİHAİ KARAR VE KANUN YOLU KAVRAMLARI

Mahkemeler önünde görülmekte olan bir davayı sona erdiren ve davaya bakan yargı merciinin işten el çekmesi sonucunu doğuran kararlara "nihai karar" denilmektedir.<sup>8</sup> Nihai karar ile birlikte, mahkemeler her ne kadar görülmekte olan bir davayı sona erdirmiş olsalar da bu kararların yanlış veya hatalı olması her zaman mümkündür. İşte yargı yerleri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir nihai kararın, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yola "kanun yolu" adı verilmektedir.<sup>9</sup>

Kanun yolu uygulamasının, mahkemeler tarafından verilen hatalı kararların ortadan kaldırılması, uyumsuzluğun taraflarına hukuki tatmin<sup>10</sup> ve içtihat birliği oluşturmak suretiyle hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması<sup>11</sup> gibi sonuçları var-

<sup>7</sup> Sinan Seçkin, "Anayasa Mahkemesi'nin E.2022/48, K.2022/93 Sayılı Kararı Uyarınca İdari Yargıda İstinaf Dilekçesi Üzerinde İlk İnceleme", (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.31, S.3, s.1039-1080), s.1074.

<sup>8</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2023, s.440; Murat Atalı/Ibrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2023, s.555.

<sup>9</sup> AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, T. 14.01.2015.

<sup>10</sup> Bir mahkeme kararı hatalı olmasa bile davayı kaybetmiş olan tarafın kararın doğruluğundan emin olmaması her zaman mümkündür. İşte doğruluğundan emin olunmayan bu kararın tecrübeli ve donanımlı hakimlerden oluşan daha üst bir merci tarafından yeniden ele alınması, davanın taraflarının tatmin olmasını sağlar. Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılamaya Hukuku, Ankara 2019, s.1667-1668.

<sup>11</sup> Aynı veya benzer nitelikteki uyumsuzluklara ilişkin farklı mahkemelerin farklı kararlar vermesi, her şeyden önce hukuki güvenlik ilkesinin zedelenmesine yol açmaktadır. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.1667-1668.

dır. ATAY'a göre de kanun yollarının varlık nedeni, hata yapılma ihtimalinden kaynaklanacak olumsuzlukları gidermek, yargılamayı çabuklaştırmak, kararların yorumunda insicam oluşturmak, içtihat ve hukuk birliğini sağlamak ve adaletsizliğin önüne geçmektir.<sup>12</sup>

Bir Anayasa Mahkemesi kararında kanun yolunun amacı şu şekilde tarif edilmiştir:<sup>13</sup>

*“Kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen kararların, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanımak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır. Kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamı içindedir.”*

Yargılama süreci boyunca dava konusu uyuşmazlığın çözüme kavuşması adına mahkemeler tarafından birçok karar alınsa da mahkemeler tarafından verilen bütün kararlara karşı değil sadece nihai kararlara karşı kanun yollarına başvurulabilir.<sup>14</sup> Yukarıda da ifade edildiği üzere nihai karar, yargılamaya son veren ve hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran karardır. Bununla birlikte, görülmekte olan bir davayı sona erdiren nihai kararların tamamı aynı nitelikte değildir. Yargılamayı sona erdiren nihai kararlar, uyuşmazlığın esasına ilişkin olabileceği gibi usule ilişkin de olabilir.<sup>15</sup>

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasına girerek bu uyuşmazlığa son veren kararlar esasa ilişkin nihai kararlar olup bu tür nihai kararlar “hüküm” olarak adlandırılmaktadır.<sup>16</sup> Bir iptal davasında, idari işlemi iptal eden veya idari işlemin hukuka uygunluğunu teyit eden kararlar esasa ilişkin nihai kararlar yani hükümlerdir.<sup>17</sup>

Bununla birlikte mahkemenin maddi hukuk bakımından değil de usul hukuku bakımından vermiş olduğu kararlar ise usule ilişkin nihai kararlardır. Örneğin, davacının dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen davanın reddine ilişkin karar, usuli nitelikte bir nihai karardır. Zira hâkim davanın esasını henüz incelememiş, sadece tarafın dava ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.<sup>18</sup> Gerek usul gerekse de esasa ilişkin nihai kararlara karşı kanun yollarına başvurulabilir.

<sup>12</sup> Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2023, s.431.

<sup>13</sup> AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, T. 14.01.2015.

<sup>14</sup> Günday, s.494.

<sup>15</sup> Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Bursa 2023, s.523.

<sup>16</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.441; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.1668; Kaplan, s.523; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.555.

<sup>17</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.1668-1669.

<sup>18</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.441.

## II. KANUN YOLLARINA BAŞVURU HAKKININ MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI İLE İLİŞKİSİ<sup>19</sup>

1982 Anayasası'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesine göre; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6'ncı maddesine göre de "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."

Kanun yollarına başvuru hakkı, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Mahkemeye erişim hakkı da adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen haklardan birisidir. Bir bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi; mahkemeye erişim hakkı ve kanun yollarına başvuru hakkı arasındaki ilişki ile alakalı şu değerlendirmeleri yapmıştır:<sup>20</sup>

"Mahkemeye erişim hakkı bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Öte yandan mahkemeye erişim hakkı ilk derece mahkemesine dava açma hakkının yanı sıra (...) istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise anılan yollara başvurma hakkını da içerir (...) Mahkeme kararlarının hukuka uygun olup olmadığına yönelik uyuşmazlığın çözümlenmek üzere bir yargı makamı önüne taşınması 'kanun yolu'na başvurma olarak nitelendirilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. **Adil yargılanma hakkı bir mahkeme kararına karşı üst yargı yollarına başvurabilmeyi güvence altına almamakla birlikte gerek suç isnadına bağlı yargulamalarda gerekse medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargulamalarda istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise bu kanun yolları yönünden de adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin sağlanması gerekir.**"

<sup>19</sup> Çalışmanın odak noktasını idare ve vergi mahkemeleri tarafından usule ilişkin verilen davanın reddi kararlarına karşı kanun yollarının kapatılmasının mahkemeye erişim hakkı bakımından yol açtığı sorunlar oluşturduğundan bu çalışmada kanun yollarına başvuru hakkı ve mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiye kısaca değinilecektir. Konu ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz: Ekin Sevinç, "İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yollarına Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXIV, Y.2020, S.3, s.421-445).

<sup>20</sup> AYM, Hasan İşten Başvurusu, Başvuru No: 2015/1950, Karar Tarihi: 22.02.2018, p.34-37.

Anayasa Mahkemesi'ne göre bir uyuşmazlığa ilişkin ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararların “*davanın konusunun belli bir meblağın altında olduğu gerekçesiyle*” kesin olması ve bu kararlara karşı kanun yollarının kapatılmış olması tek başına mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, 6100 sayılı HMK'nın 341'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “(m) *iktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir*” hükmünün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında; adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir mahkeme kararının başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesinin, hak arama özgürlüğünden yararlanılabilmesi bakımından bir gereklilik olarak ortaya çıktığını tespit ettikten sonra konu ile alakalı şu değerlendirmeleri yapmıştır:<sup>21</sup>

*“Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü kapsamındaki hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini teminat altına almaktadır.*

*Bununla birlikte hükmün denetlenmesini talep etme hakkının -tabiatı itibarıyla- devletin kanuni düzenleme yapmasını gerektirdiği açıktır. Kişilerin ne şekilde bu haktan yararlanacağı ve bu hakkın temini bakımından nasıl bir sistemin kurulacağı hususunda kanun koyucunun geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.*

*Hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin kanuni düzenlemelerde bu denetimin sadece hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı hususuyla mı sınırlı olacağı yoksa bunun yanında maddi olguların değerlendirilmesini kapsayıp kapsamayacağı hususu da kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Bu bağlamda mahkeme hükmünün denetiminin maddi olguların değerlendirilmesini de kapsamı gerektiğine dair bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Denetimi yapacak yargı mercii'nin hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığına yönelik bir denetim yapma yetkisi ile donatılması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sağlanmasına ilişkin anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli görülebilir.”*

Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadında, hak arama özgürlüğünden yararlanılabilmesi için bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesinin gerekliliğine işaret edilmekle birlikte, kişilerin bu haktan yararlanma usul ve esaslarının kanunla düzenleneceği ve bu konuda kanun koyucunun geniş takdir yetkisi bulunduğu ifade edilmiştir. Yüksek mahkeme kararında “(h) *hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin kanuni düzenlemelerde bu denetimin sadece hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı hususuyla mı sınırlı olacağı yoksa bunun yanında maddi olguların değerlendirilmesini kapsayıp kap-*

<sup>21</sup> AYM, E. 2022/135, K. 2023/30, T. 16.02.2023.

*samayacağı hususu da kanun koyucunun takdir yetkisindedir*” demek suretiyle esasen kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını da çizmektedir. Anayasa Mahkemesi, yapılacak olan kanun yolu denetiminin, maddi olguların değerlendirilmesini kapsamadığını zorunlu olmadığına, yargı merciinin hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığına yönelik bir denetim yapmasının anayasal yükümlülükler açısından yeterli olduğuna hükmetmiştir.

Kararın devamında Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının niteliği dikkate alındığında bu hakkın mutlak bir hak olarak kabulünün mümkün olmadığı, dolayısıyla kanun koyucunun bu hakkı bazı sınırlamalara tabi tutabileceği, ancak bu sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçütlere uygun olarak yapılması gerektiğini, buna göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebeplerine uygun ve ölçülü olması gerektiğini tespit ederek şu değerlendirmelerde bulunmuştur:<sup>22</sup>

*“Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında 'Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.' denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu fıkra gereğince devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır.*

*Öte yandan anılan fıkrada davaların en az giderle sonuçlandırılması hususu da bir ilke olarak düzenlenmiştir. Usul ekonomisi olarak da adlandırılan bu ilke, yargılama maliyetinin en düşük şekilde olmasını ve bu sürecin mümkün olan en hızlı yöntemlerle gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla kuralla belirli bir değer altında kalan mal varlığı uyumsuzluğunun konu edildiği davalarda ilk derece mahkemesi kararlarının kesin olması öngörülmek suretiyle davaların makul süre içinde ve daha az masrafla sonuçlandırılmasının amaçlandığı, bu itibarla kuralın anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı görülmektedir. Ancak sınırlamanın meşru bir amacının bulunması yeterli olmayıp ölçülü olması da gerekmektedir.*

*Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedir. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.*

<sup>22</sup> AYM, E. 2022/135, K. 2023/30, T. 16.02.2023.



*Belirli bir değerin altında kalan mal varlığı uyuşmazlığının konu edildiği davalara ilişkin **ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulmasının davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşma yönünden elverişli olduğu anlaşılmaktadır.***

*İkinci olarak belirtilen aracın gerekli olup olmadığı incelenmelidir. **Gereklilik, hedeflenen amaca ulaşılması için hakka en az müdahale teşkil eden aracın seçilmesini ifade etmektedir.** Yargı mercilerinin iş yükünün hafifletilmesi ve istinaf mercilerinin gereksiz işlerle uğraşmalarının önlenmesi amacıyla hangi tedbirlerin gerekli olduğunun değerlendirilmesinde kanun koyucu geniş takdir yetkisine sahiptir. Önem derecesi nispeten düşük olan davalarda verilen kararlara karşı istinaf yolunun kapatılmasının kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında öngörebileceği ve hafif külfet yükleyen tedbirlerden biri olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ön alım hakkına konu mal varlığının miktarının veya değerinin belirli bir meblağı geçmediği davaların ilk derece mahkemesi kararıyla kesinleşmesinin gereklik kriterini karşıladığı değerlendirilmiştir.*

*Öte yandan **hükümün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın elverişli ve gerekli olması yeterli olmayıp orantılı da olması gerekir.** Kuralla öngörülen amaca ulaşmak için ilk derece mahkemeleri kararlarından güncelleme oranı doğrultusunda günümüz için 17.830 TL'nin altında olanlarının kesin olması hükmüne bağlanmıştır. Ön alım hakkından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sürenin ve usul ekonomisinin yargılama sürecindeki önemi ile belirlenen parasal sınırın davanın taraflarının ekonomik ve sosyal güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek derecede olduğu gözetildiğinde kuralın amacı ile hükümün denetlenmesine getirilen sınırlama arasında makul dengenin gözetildiği ve kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla kural, hükümün denetlenmesini talep etme hakkı yönünden ölçsüz bir sınırlama niteliği taşımamaktadır.”*

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktardığımız karardan da anlaşılacağı üzere ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bazı nihai kararlara karşı kanun yollarının kapatılmış olması tek başına mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açmamaktadır. Bununla birlikte esasa ilişkin nihai kararlar, yani hüküm niteliğindeki nihai kararlar bakımından kabul edilebilir olan bu durumun usule ilişkin olarak verilen nihai kararlar bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan kararda da ifade edildiği üzere kanun yollarına başvuru hakkına yönelik olarak getirilen bir sınırlandırmanın mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açmaması için sınırlandırmanın kanunla yapılması, meşru bir amacının olması ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu ilkeler çerçevesinde, idare ve vergi mahkemelerinin vermiş olduğu usule ilişkin davanın reddi kararlarına karşı kanun yollarının kapalı olması ile alakalı aşağıdaki değerlendirmeler yapılabilir:

**Meşru amaç kriteri bakımından değerlendirme:** Usule ilişkin verilen davanın reddi kararlarına karşı kanun yollarının kapalı olduğunun kabul edilmesi, kanun yollarına başvuru hakkına yönelik olarak İYUK'un 45'inci maddesinde öngörülen sınırlandırmanın getiriliş amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira İYUK'un 45'inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlandırma ile **belirli bir değerin altında kalan mal varlığı uyuşmazlığının konu edildiği davalarda ilk derece mahkemesi kararlarının kesin olması öngörülmek suretiyle davaların makul süre içinde ve daha az masrafla sonuçlandırılması amaçlanmaktadır.** Ancak dava konusu uyuşmazlığın miktarı, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir sorundur. Buna karşılık İYUK'un 14'üncü maddesinde öngörülen ilk inceleme konuları, uyuşmazlığın esası ile bir ilgisi bulunmayıp dava açılmasını belirli şartlara bağlayan ve bu yönüyle davacının mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran konulardır. Davanın esası ile ilgisi olmayan bu konular hakkında verilen davanın reddi kararlarına karşı istinaf kanun yolunun kapalı olmasının, usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmeye yönelik İYUK'un 45'inci maddesinde öngörülen sınırlandırmanın getiriliş amacı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira bir davanın görevli yargı kolunda ve süresinde açılıp açılmadığı gibi hususların tespit edilmesinde, dava konusu uyuşmazlığın miktarının bir önemi yoktur. Bu nedenle idare ve vergi mahkemeleri tarafından usule ilişkin olarak verilen davanın reddi kararlarının hukuka uygun olup olmadığının kanun yolu aracılığı ile denetlenmesinin usul ekonomisi ilkesi ile ilgisi bulunmamaktadır.

**Ölçülülük kriteri bakımından değerlendirme:** Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkede ele almaktadır:

**Elverişlilik ilkesi:** Anayasa Mahkemesi'ne göre; “(...) *belirli bir değer*in altında kalan mal varlığı uyuşmazlığının konu edildiği davalara ilişkin *ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamamasının davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşma yönünden elverişli olduğu anlaşılmaktadır.*” Bu durum, “*hüküm*” niteliğinde olan yani esasa ilişkin nihai kararlar için isabetli olmakla birlikte usule ilişkin verilen nihai kararlar bakımından geçerli değildir. İdari yargılama usulünde istinaf mercii, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ilişkin nihai kararlarını kural olarak yeniden ele almakta ve değerlendirmektedir.<sup>23</sup> Bu hallerde hem ilk derece hem de istinaf aşamasında uzun değerlendirmelere konu olan bir süreç söz ko-

<sup>23</sup> **İYUK 45/4:** “*Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi için esas hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.*”

nusudur. Oysa usule ilişkin nihai kararlar ilk derece mahkemeleri tarafından 15 günlük ilk inceleme süresinde sonuca bağlandığı gibi istinaf merciinde de benzer bir şekilde denetime tabi tutulmaktadır ve bozulan karar ile dosya tekrar esasa girilmek üzere ilk derece mahkemesine iade edilmektedir.<sup>24</sup> Bu durumda belirli bir değer altında kalan mal varlığı uyumsuzluğunun konu edildiği davalarda “*usule ilişkin nihai kararların*” kesin olmasının, davaların makul süre içinde sonuçlandırılmasının amacına önemli bir katkısı bulunmamaktadır.

**Gereklilik ilkesi:** Parasal değeri nispeten davalarda verilen kararlara karşı istinaf yolunun kapatılmasının davanın taraflarına hafif külfet yükleyen tedbirlerden biri olarak kabul edildiği görülmektedir. Esasa ilişkin bir nihai karar için bu durum geçerliliğini korusa da usule ilişkin kararlarda aynı savı ileri sürmek mümkün değildir. Özellikle İYUK’un 16’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasına getirilen “*tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar (...) nihai karar verinceye kadar (...) bir defaya mahsus olmak üzere artırılabılır (...)*” şeklindeki düzenlemeden sonra ilk etapta küçük meblağlar ile açılan birçok önemli davada, davanın süresinde açılmadığı gibi usulî gerekçelerle verilen davanın reddi kararları, davacılar bakımından ciddi mağduriyetlerin yaşanmasına yol açmaktadır. Dava süreci içerisinde bilirkişinin tespit edeceği zarar miktarına göre talebini ıslah etmek isteyen davacı 15 günlük kısa bir süre içerisinde ve maalesef bazen özensizce verilen, uygulamada kesin nitelikli kabul edilen nihai kararlar ile ağır külfetler ortaya çıkmaktadır.

**Orantılılık ilkesi bakımından:** Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda ele alınan kararında; “*(...) getirilen sınırlamanın, uyumsuzlukların çözümünde sürenin ve usul ekonomisinin yargılama sürecindeki önemi ile belirlenen parasal sınırın davanın taraflarının ekonomik ve sosyal güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek derecede olduğu gözetildiğinde kuralın amacı ile hükmün denetlenmesine getirilen sınırlama arasında makul dengenin gözetildiği ve kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı anlaşılmıştır.*” sonucuna ulaşmıştır. Bu durum gereklilik ilkesi ile alakalı yukarıdaki eleştirimize paralel olarak, esasa ilişkin nihai kararlar için doğru kabul edilse de usule ilişkin nihai kararlar için geçerli değildir. Yargılamanın devamında ıslah edilmek üzere açılan davalarda ilk inceleme aşamasında usule ilişkin olarak verilen davanın reddi kararlarına karşı kanun yollarının kapalı olmasının, “*taraflarının ekonomik ve sosyal güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek derecede olduğu(nu)*” kabul etmek mümkün değildir.

<sup>24</sup> İYUK 45/5: “Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.”

### III. USULE İLİŞKİN VERİLEN DAVANIN REDDİ KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARININ KAPATILMASININ ANAYASA MAHKEMESİ'NİN E.2022/48, K.2022/93 SAYILI KARARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda ifade edildiği üzere, İYUK'un 45'inci maddesinde yer alan, idare ve vergi mahkemelerinde konusu 5 bin (2024 yılı için 31 bin) TL'nin altında kalan davalarda esas hakkında verilen nihai kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı yolundaki düzenlemenin mahkemeye erişim hakkı (hükümün denetlenmesini talep etme hakkı) bakımından tek başına ihlale yol açmayacağı açıktır. Bununla birlikte istinaf kanun yoluna başvurma hakkı bakımından öngörülen bu sınırlandırmanın, sadece esasa ilişkin verilen nihai kararlar (yani hüküm niteliğindeki nihai kararlar) bakımından uygulanmayıp usule ilişkin verilen nihai kararlar bakımından da uygulanması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesinde öngörülen kriterlere aykırılık teşkil etmektedir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarihinde vermiş olduğu bir iptal kararında yer alan değerlendirmeler söz konusu müdahalenin mahkemeye erişim hakkının ihlal ettiğini açık bir şekilde göstermektedir.

İYUK'ta istinaf kanun yolu düzenlenmiş olmasına rağmen bu kanun yoluna ilişkin usul ve esaslar ayrıca düzenlenmemiş, 45'inci maddenin ikinci fıkrasında istinafın, temyizın şekil ve usullerine tabi olduğu ifade edilmiştir.<sup>25</sup> İYUK'un "*Temyiz dilekçeleri*" başlıklı 48'inci maddesinin yedinci fıkrası ise temyiz başvurularının süresinde yapılmadığının temyiz incelemesini yapacak olan Danıştay dairesi tarafından tespit edilmesi halinde verilecek olan temyiz başvurusunun reddine dair kararın kesin olacağını ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulamayacağını düzenlemektedir.<sup>26</sup> İYUK'ta istinaf kanun yoluna ilişkin başvuruların şekil ve usulünün temyizın şekil ve usulüne tabi olacağı düzenlendiği için 48'inci maddede yer alan temyiz başvurularına ilişkin bu düzenleme, istinaf başvurularının süresinde yapılmadığının **istinaf incelemesini yapacak olan bölge idare mahkemesi dairesi tarafından** tespit edilmesi halinde verilecek olan istinaf başvurusunun reddine dair kararın da kesin olmasına ve ilgililerin bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunamamasına yol açmaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmü, "*istinafın kanuni süre geçtikten sonra yapılması hali*" yönünden iptal etmiştir.

<sup>25</sup> İYUK 45/2: "*İstinaf, temyizın şekil ve usullerine tabidir. İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir.*"

<sup>26</sup> İYUK 48/7: "*Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, dilekçenin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmediği, temyizın kanuni süre içinde yapılmadığı veya kesin bir karar hakkında olduğunun anlaşıldığı hâllerde, 2 ve 6'ncı fıkralarda sözü edilen kararlar, dosyanın gönderildiği Danıştayın ilgili dairesi ve kurulunca, **kesin olarak** verilir.*"

Söz konusu düzenlemeleri mahkemeye erişim hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkı kapsamında ele alan Anayasa Mahkemesi, öncelikli olarak belirli bir kanun yoluna başvurulmasını süre şartına tabi kılan düzenlemelerin mahkemeye erişimle ilgili olduklarında tereddüt bulunmadığı, nitekim kanun yolu başvurusunun süre aşımından reddedilmesiyle birlikte kanun yolu merciinin dosyadan elini çektiği, dolayısıyla ilk derece mahkemesi kararı üzerinde kanun yolu denetimi kapsamında herhangi bir inceleme gerçekleştirmediği tespitlerinde bulunduktan sonra konu ile alakalı şu değerlendirmeleri yapmıştır:<sup>27</sup>

*“İtiraz konusu kurallarda ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvuru imkânı tanınmış olan istinaf yolunun süre şartına tabi kılınmasıyla ilgili değil, **istinaf merciinin istinaf talebini süre aşımından reddetmesi durumunda bu karara karşı başka bir kanun yoluna başvuru imkânının tanınmamasıyla ilgili bir düzenleme öngörülmektedir.** Kurullarla kesin olması öngörülen söz konusu kararlar istinaf başvurusunun kanuni süresinde yapılmadığı gerekçesiyle verildiğinden, kanun koyucunun istinaf yolunu açık tuttuğu, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı kapsamında kullanılan bir istinaf talebi süre aşımı nedeniyle reddedilmiş olduğundan bu kararlar mahkemeye erişim hakkına sınırlama teşkil etmektedir.*

*(...) Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı mutlak bir hak olmayıp bu hakka bazı istisnalar getirilmesi mümkündür. Buna göre **temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir kararın o yargı kolundaki en üst dereceli mahkeme tarafından verildiği hâllerde bu karara karşı kanun yolu öngörülmemesi etkili başvuru hakkı bakımından anayasal bir sorun oluşturmaz.** Ancak söz konusu kararın o yargı kolundaki en üst dereceli mahkeme tarafından verilmediği hâllerde bu karara karşı bir başvuru yolu öngörülmemesi anılan istisna kapsamında değerlendirilemez.*

***İstinaf başvurusunun kanuni süresinde yapılmadığına ilişkin değerlendirilmeyi ilk kez - idari yargı kolundaki en üst dereceli mahkeme olmayan bölge idare mahkemelerinin yaptığı hâllerde, anılan mahkemelerin bu yöndeki değerlendirmelerinin kişilere ağır bir külfet yükleyecek ve onların mahkemeye erişim haklarını aşırı kısıtlayacak biçimde katı ve şekilci bir yoruma dayandığı ya da sürenin hesaplanmasına ilişkin muğlak veya yorumu gerektiren hukuki meseleler olduğunda bunların bölge idare mahkemelerince öngörülemeyen biçimde yorumlandığı durumlar söz konusu olabilir. Yahut anılan mahkemelerin süreye ilişkin kuralları hatalı olarak da uygulayabilmeleri mümkündür. Kurallar bölge idare mahkemelerinin bu kapsamda verdiği ve mahkemeye erişim hakkına ölçsüz müdahale teşkil edebilen, bu sebeple anılan hakkın ihlaline yol açabilecek bu tür kararları***

<sup>27</sup> AYM, E. 2022/48, K. 2022/93, T. 20.07.2022.

***bakımından kişilerin bu yöndeki iddia ve itirazlarını ileri sürebilmelerine engel olmakta, başka bir anlatımla söz konusu ihlalin gerçekleşmesini engellemeye elverişli yargısal yollara başvuruda bulunulabilmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır.***

*Bu yönüyle kurallar, mahkemeye erişim hakkına ilk kez müdahale eden ve o yargı kolundaki en yüksek mahkemeye (Danıştay) verilmeyen kararlara karşı yargı mercilerine başvuru yollarını kapatmak suretiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına aykırılık oluşturmaktadır."*

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarmış olduğumuz kararında dikkat çeken en önemli husus, kanun yoluna başvurulmasını süre şartına tabi kılan düzenlemenin mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale niteliğinde olduğudur. Anayasa Mahkemesi bu kararında her ne kadar ilk inceleme konularından sadece süre ile alakalı değerlendirme yapılmışsa da bu değerlendirmelerin mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğinde olan diğer ilk inceleme konuları bakımından da geçerli olacağı açıktır. Zira dava açma süresi gibi diğer ilk inceleme konuları da mahkemeye erişim hakkına sınırlandırma getiren konular arasında yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğinde olan bir konu ile alakalı istinaf mahkemesi tarafından verilen kararın kesin olmasının ve bu kararın o yargı kolunun en üst yargı mercii tarafından denetlenmemesinin mahkemeye erişim hakkı bağlamında etkili başvuru hakkının ihlal edilmesine yol açtığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuda, idari yargı kolunun istinaf mahkemesi olan bölge idare mahkemelerinin yapmış olduğu değerlendirmenin, mahkemeye erişim hakkının güvence altına alınması bakımından tek başına yeterli olamayacağına, kişilerin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin konular hakkında verilen kararın mutlaka o yargı kolunun en üst yargı mercii tarafından denetlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

İlk inceleme neticesinde istinaf mahkemeleri tarafından "başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle verilen istinaf talebinin reddine" ilişkin kararlara karşı kanun yollarına başvurulamamasının mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açtığı tespit edilen Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre idari yargı kolunun ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemelerinin ilk inceleme konularına dair vermiş olduğu davanın reddi kararlarına karşı kanun yollarına başvurulamamasının mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açtığı evleviyetle kabul edilmesi gerekmektedir.

Nitekim doktrinde de Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doğrultusunda, idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen ve davanın esasına ilişkin olmayan

davanın reddi kararlarına karşı istinaf kanun yolunun açık olması gerektiği değerlendirilmiştir. SEÇKİN'e göre;<sup>28</sup>

*“Gerçekten de, her ne kadar İYUK'un 45. maddesinin 1. fıkrasında konusu belli bir miktarı geçmeyen davalarda verilen kararların kesin olduğu, dolayısıyla bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiş olsa da, anılan kuralın uyumsuzluğun esası yönünden bir mahkeme kararının varlığı halinde geçerli olduğu kabul etmek, yukarıda yer verilen Yüksek Mahkemenin kararına daha uygun düşmektedir. Böylelikle davanın esasının incelenmesine engel olan ilk derece mahkemesinin ilk inceleme üzerine verdiği kararının, ilgisine göre istinaf veya temyiz edilebilmesi ile kişilerin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesinin önlenmesi mümkün olabilecektir.”*

#### IV. KONUNUN POZİTİF HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun yollarına ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar ile alakalı yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, idare ve vergi mahkemeleri tarafından usule ilişkin olarak verilen davanın reddi kararlarına karşı istinaf kanun yolunun kapatılmasının mahkemeye erişim hakkına yönelik hukuka aykırı bir müdahale olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer taraftan kanun yollarına ilişkin İYUK'ta yer alan düzenlemeler de usule ilişkin verilen davanın reddi kararlarına karşı kanun yollarına başvurulabileceğini açıkça düzenlemektedir.

##### A. İYUK'un “İlk İnceleme Üzerine Verilecek Karar” Başlıklı 15'inci Maddesi Bakımından Değerlendirme

Yukarıda da ifade edildiği üzere İYUK'un 45'inci maddesinde hangi kararlara karşı kanun yollarına başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre konusu 5 bin (2024 yılı için 31 bin) TL'nin altında kalan davalarda verilen nihai kararlar kesin olup bu kararlara karşı kanun yollarına başvurmak mümkün değildir. Ancak yine yukarıda ifade edildiği üzere İYUK'un 45'inci maddesinde, usule ilişkin nihai kararlara karşı kanun yollarına başvurulamayacağı ile alakalı açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

İYUK'un 45'inci maddesi istinaf kanun yoluna ilişkin genel hüküm niteliğindedir. Kanunda konu ile alakalı özel bir düzenlemenin olması halinde istinaf kanun yoluna ilişkin 45'inci maddede yer alan kuralların uygulanması mümkün değildir.<sup>29</sup> Bununla birlikte istinaf kanun yoluna ilişkin İYUK'un 45'inci maddesinde yer alan bu genel kurala İYUK'un 15'inci maddesinin dördüncü fıkrasında

<sup>28</sup> Seçkin, s.1073-1074.

<sup>29</sup> Zira “*Lex specialis derogat legi generali*” ilkesi gereğince özel kanun, genel kanunu ilga eder. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği, 2013, Ankara, s.100.

yer alan özel hüküm niteliğinde bir istisna getirilmiştir. İdare ve vergi mahkemeleri tarafından ilk inceleme konularına ilişkin verilen davanın usulden reddine dair kararlara karşı **herhangi bir parasal sınır öngörülme**sizin ilgisine göre istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Davanın usulden reddine karşı ilgisine göre istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulabileceğine dair İYUK'un 15'inci maddesinde yer alan bu açık düzenleme, istinaf kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırılmasına ilişkin 45'inci maddede yer alan düzenlemenin istisnasını oluşturmaktadır. Bundan dolayı idare ve vergi mahkemeleri tarafından ilk inceleme konularına ilişkin olarak verilen davanın usulden reddine dair kararlara İYUK'un 45'inci maddesinde öngörülen sınırlandırmanın uygulanmaması gerekir.

İYUK'un 15'inci maddesindeki bu açık düzenlemeye rağmen davanın usulden reddine dair kararların da 45'inci maddedeki sınırlandırmanın kapsamına dahil edilmesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunilik kriterinin ihlal edilmesine yol açmaktadır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere bir temel hak ve hürriyete getirilen sınırlandırmanın hak ihlaline yol açmaması için, her şeyden önce sınırlandırmanın kanunla yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte davanın usulden reddine dair kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacağına dair kanuni bir düzenleme olmamasının ötesinde başvurulabileceğine dair açık düzenleme bulunmaktadır. Bu açık düzenlemeye rağmen bu kararlara karşı istinaf kanun yolunun kapatılması, mahkemeye erişim hakkına kanunilik kriterini sağlamayan hukuka aykırı bir müdahaledir.

## **B. İYUK'un 45 ve 48'inci Maddelerindeki İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarındaki İlk İnceleme Sistematiği Bakımından**

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, idare ve vergi mahkemeleri tarafından ilk inceleme konularına ilişkin verilen davanın reddi kararlarına karşı kanun yolunun kapatılması, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açmaktadır. Bununla birlikte meselenin daha da açık hale gelmesi için İYUK'un istinaf ve temyiz kanun yollarındaki ilk inceleme konuları hakkında verilen kararlara ilişkin öngördüğü kanun yolu sistematiğinin incelenmesi yerinde olacaktır.

Temyiz başvurularının hangi şartları taşıması gerektiği İYUK'un 48'inci maddesinde düzenlenmiştir. 48'inci maddenin ikinci fıkrasına göre;

*“Temyiz dilekçelerinin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmesi gereklidir, düzenlenmemiş ise eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlanması hususu, **kararı veren Danıştay veya bölge idare mahkemesince** ilgiliye tebliğ olunur. Bu sürede eksiklikler tamamlanmazsa temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına Danış-*



*tay veya bölge idare mahkemesince karar verilir.” Maddenin 6’ncı fıkrasına göre de; “Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenmemiş olması halinde kararı veren; merci tarafından verilecek yedi günlük süre içerisinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, ilgili merci, kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir. Temyizin kanuni süre geçtikten sonra yapılması veya kesin bir karar hakkında olması halinde de **kararı veren merci**, temyiz isteminin reddine karar verir. **İlgili merciin bu kararları ile bu maddenin 2’nci fıkrasında belirtilen temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen gündün itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.”***

Görüleceği üzere İYUK, temyiz başvurularına ilişkin, temyiz incelemesini yapacak olan yargı yeri tarafından yapılacak olan ilk incelemenin dışında, **temyize konu kararı veren yargı yeri tarafından** da temyiz dilekçeleri üzerinde bir ilk inceleme yapılmasını öngörmüş ve bu yargı yeri tarafından yapılan ilk inceleme neticesinde verilen “*temyiz isteminin reddi*” kararları ile “*temyiz isteminde bulunulmamış sayılma*” kararlarına karşı yedi gün içinde temyiz kanun yoluna başvurulabilmesini mümkün kılmıştır. İYUK’un 45’inci maddesinin 2’nci fıkrasında “*İstinaf, temyiz şekil ve usullerine tabidir*” denilmek suretiyle aynı durumun istinaf başvuruları için de geçerli olduğu düzenlenmiştir. Buna göre istinaf dilekçeleri üzerinde, istinaf incelemesini yapacak olan bölge idare mahkemesinin yapacağı inceleme dışında, istinaf başvurusuna konu kararı veren idare ve vergi mahkemeleri tarafından da bir inceleme yapılacak ve inceleme neticesinde verilen kararlara karşı 7 gün içinde bölge idare mahkemesine istinaf başvurusunda bulunulabilecektir.

İYUK’ta yer alan bu düzenlemeler, kanun koyucunun mahkemeye erişim hakkını güvence altına almak için gerek istinaf ve gerekse temyiz aşamasında, kanun yolu talebine konu kararı veren yargı yeri tarafından yapılan ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı 7 gün içinde “*istinaf talebinin reddini istinaf*” ve “*temyiz talebinin reddini temyiz*” gibi özel bir kanun yolu başvurusu düzenleme ihtiyacı duyduğunu göstermektedir. Ayrıca bu kanun yollarına başvurabilmek için İYUK’ta herhangi bir parasal sınır da öngörülmemiştir.

Yukarıda ele alınan Anayasa Mahkemesi’nin E.2022/48, K.2022/93 Sayılı Kararı ile birlikte değerlendirildiğinde, usule ilişkin nihai kararların bir üst merci tarafından denetlenmesini imkânsız kılan uygulamanın hem kanunun ruhuna aykırı olduğunu hem de mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini göstermektedir.

İstinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin düzenlemeler, ilk inceleme konuları hakkında verilen usule ilişkin kararların bizatihi kendilerinin de kanun yolu

denetiminden geçirilmesini hedeflemektedir. Bu şekilde kanun yoluna konu kararı veren yargı yerleri tarafından yapılan hataların önlenmesini amaçlamaktadır. Amaçsal yorum çerçevesinde, kanun yolları aşamasındaki ilk inceleme sürecine ilişkin kabul edilen bu kanun yoluna başvuru hakkının, ilk derece mahkemelerinde açılan davalarda verilen ilk inceleme konularına ilişkin kararlar bakımından evleviyetle kabul edilmesi gerekmektedir.

## SONUÇ

Kanun yollarına başvuru hakkı, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte konusu belli bir meblağın altında kalan davalarda idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların kesin olduğunu ve bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı düzenleyen İYUK'un 45'inci maddesinde yer alan genel düzenleme, tek başına mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Ancak bu düzenlemenin, idare ve vergi mahkemeleri tarafından usule ilişkin verilen nihai kararlar bakımından da uygulanması, kanun yoluna başvuru hakkının engellenmesine yol açmaktadır. İdare ve vergi mahkemeleri tarafından ilk inceleme konularına ilişkin verilen davanın reddi kararları usule ilişkin nihai kararlar olup hüküm niteliği taşımamaktadır. Bunun da ötesinde usule ilişkin verilen bu davanın reddi kararları; görev, ehliyet ve süre gibi mahkemeye erişim hakkının sınırlandıran konularla alakalıdır. İYUK'un 15'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan özel düzenlemeye rağmen idare ve vergi mahkemeleri tarafından ilk inceleme konularına ilişkin verilen davanın reddi kararlarına karşı kanun yollarının kapatılması, mahkemeye erişim hakkına yönelik kanunilik kriterini sağlamayan hukuka aykırı bir müdahale niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi'nin konu ile alakalı vermiş olduğu kararlar, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine sebebiyet verilmemesi için, idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen ve esasa ilişkin olmayan kararlara karşı kanun yollarının kapatılmaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından İYUK'un 45'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "(a)ncak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz" cümlesine ilişkin vermiş olduğu iptal kararı sonrası yasama organı tarafından konu ile alakalı yapılacak olan uyarılama düzenlemesinde, istinaf kanun yoluna ilişkin "söz konusu parasal sınırın sadece esasa ilişkin nihai kararlar bakımından geçerli olduğunun" açık bir şekilde belirtilmesi, uygulamada yaşanan hak ihlallerinin giderilmesi bakımından faydalı olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2019.
- Atay, Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2023.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2023.
- Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2023.
- Gözler, Kemal, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2013, s.15-118.
- Günday, Metin, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2022.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa 2023.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2023.
- Seçkin, Sinan “Anayasa Mahkemesi’nin E.2022/48, K.2022/93 Sayılı Kararı Uyarınca İdari Yargıda İstinaf Dilekçesi Üzerinde İlk İnceleme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.31, S.3, s.1039-1080.
- Sevinç, Ekin, “İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yollarına Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Y.2020, S.3, s.421-445.