

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ekim 2024 · Sayı 60 · Yıl:15



yayin.taa.gov.tr

60



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

60

YIL: 15 - SAYI: 60 - EKİM 2024

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER**Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

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

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkерim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Yasin SÖYLER

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/

ANKARA

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

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

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

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

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cemal ŐANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ersa Öz

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

*Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf
Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sûha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi/Research Article

ANAYASA YARGISI KARŞISINDA PARLAMENTO EGEMENLİĞİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

*Rethinking Parliamentary Sovereignty Against Constitutional
Adjudication*

Aslan DELİCE s. 1-30

Araştırma Makalesi/Research Article

VERGİ KANUNLARINDA TİCARİ TEAMÜLE YAPILAN ATIFLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A Review on Mentions of Commercial Practices in Tax Law

Zeynep MÜFTÜOĞLU s. 31-52

Araştırma Makalesi/Research Article

ULUSLARASI CEZA MAHKEMESİ TARAFINDAN YÜRÜTÜLEN SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ: FİLİSTİN DEVLETİ'NDEKİ DURUM ÖRNEĞİ

*Expanding the Investigation by The International Criminal Court:
Example of the Situation in Palestine*

Tuba KELEP PEKMEZ s. 53-78

Araştırma Makalesi/Research Article

KAMU PERSONELİ İSTİHDAMINDA KULLANILAN SÖZLÜ SINAVIN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

*The Judicial Review of the Legality of Oral Examinations in Public
Personnel Recruitment*

Ömür Kadri SARI s. 79-110

Lisansüstü Tez Makalesi/Graduate Thesis Article

OLAĞANÜSTÜ BİR DENETİM YOLU OLARAK KANUN YARARINA BOZMA

*Reversal in Favor of the Administration of Justice as an
Extraordinary Way of Control*

Uğur İHTİYAROĞLU s. 111-138

Araştırma Makalesi/Research Article

**ŞEHİR İÇİ RAYLI ULAŞIM SİSTEMLERİ VE METRO PROJELERİNİN
MERKEZİ İDARE TARAFINDAN DEVRALINMASI VE ÜSTLENİLMESİ**

*Takeover and Undertaking of Urban Rail Transportation Systems
and Metro Projects by the Central Administration*

Muhammed GÖÇGÜN s. 139-176

Araştırma Makalesi/Research Article

**5651 SAYILI KANUN'UN İNTERNET ADRESLERİNE ERİŞİMİN
ENGELLENMESİNE İLİŞKİN 9. MADDESİNİN İPTALİ VE ÖNERİLER***

*Annulment of Article 9 of Law No. 5651 on Blocking Access to the
Internet Addresses and Recommendations*

İsmail DEMEZ s. 177-212

Araştırma Makalesi/Research Article

**DARÜ'L-HİKMETİ'L-İSLAMİYE VE ÜYELERİNİN AHLAK
KONUSUNDA KALEME ALDIĞI MAKALELER**

*Darü'l-Hikmeti'l-İslamiye and Articles Written by its Members on
Morality*

Yılmaz YURTSEVEN; Hüseyin Ömer ADAGİDELİ s. 213-240

Araştırma Makalesi/Research Article

**PIERRE BOURDIEU DÜŞÜNÇESİNDE MODERN DEVLETİN BİLEŞENİ
OLARAK SEMBOLİK SERMAYE VE EGEMENLİKLE İLİŞKİSİ**

*Symbolic Capital as Component of the Modern State in the
Thought of Pierre Bourdieu and its Relationship with Sovereignty*

Alper IŞIK s. 241-256

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi/Research Article

**BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ HUKUK DAİRELERİNİN 2016-2022
YILLARINDAKİ ETKİNLİĞİNİN ANALİZİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Analysis and Evaluation of the Effectiveness of the Civil Divisions
of the Courts of Appeal for the Years 2016-2022*

**Tolga AKKAYA; Filiz TEPECİK;
Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU; Onur TABAK s. 259-310**

Araştırma Makalesi/Research Article

İNGİLİZ SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA “TİCARİ SAĞDUYU”

“Commercial Common Sense” under English Contract Law

Fatih Buğra ERDEM s. 311-342

Araştırma Makalesi/Research Article

BİYOMETRİK VE GENETİK VERİLERİN KORUNMASI KONUSUNDA AVRUPA KONSEYİ’NİN GENEL YAKLAŞIMI

*General Approach of the Council of Europe on the Protection of
Biometric and Genetic Data*

Songül ATAĞ s. 343-374

Araştırma Makalesi/Research Article

GEÇİCİ İTHALAT YOLUYLA ÜLKEYE GİREN YABANCI PLAKALI MOTORLU KARA TAŞITLARI VE ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

*Foreign-Plated Motor Vehicles Entering the Country Through
Temporary Importation and Compulsory Liability Insurance*

Ahmet Onur ÇATAKLI s. 375-400

Araştırma Makalesi/Research Article

KAT MÜLKİYETİ KANUNU KAPSAMINDA ÇOCUKLARIN ORTAK YERLERDE OYUN OYNAMA HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI SORUNU

*The Issue of Restricting Children’s Right to Play in Common Areas
under the Condominium Law*

Ayşenur ŞAHİN CANER s. 401-422

Araştırma Makalesi/Research Article

TAHKİMDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

*An Assessment of the Competent Court for the Retrial of the
Arbitral Proceedings*

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ s. 423-450

Araştırma Makalesi/Research Article

HÜKÜM VE SONUÇLARIYLA ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

The Right to Refuse Work with Terms and Consequences

Atanur KARAAHMETOĞLU s. 451-484

Araştırma Makalesi/Research Article

TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Effect of Collective Bargaining Agreement on Employment Contract

Aslı NANECİ ARICI s. 485-510

Araştırma Makalesi/Research Article

TASARIM HUKUKUNDA ÖNCEKİ KULLANIMDAN DOĞAN HAK

Prior Use Right in Design Law

Ömer Faruk KUNTOĞLU s. 511-536

Araştırma Makalesi/Research Article

ARTMİRASÇI ATAMADA GÜVENCE OLARAK TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH VERİLMESİ (TMK M 523/II)

Put an Annotation to the Land Registry as Assurance of the Appointment of Reversionary Heir (TMK M 523/II)

Barış Can ÖZTÜRK s. 537-554

Araştırma Makalesi/Research Article

UZAKTAN ÇALIŞMANIN BİR TÜRÜ OLARAK TELE ÇALIŞMA VE TELE ÇALIŞANIN ÜCRET VE ÜCRET EKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Teleworking as a Type of Remote Work and Evaluation of the Wage and Wage Supplements of the Teleworker

Ezgi ERAT s. 555-588

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



Jurix

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



KAMU HUKUKU

ANAYASA YARGISI KARŞISINDA PARLAMENTO EGEMENLİĞİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

Rethinking Parliamentary Sovereignty Against Constitutional Adjudication

Aslan DELİCE*

Özet

Hukuk devletini otoriter, totaliter, faşist devletlerden ayıran iki nitelik vardır. İlki, özgür ve eşit yurttaşların seçim yoluyla kendilerine uygulanacak üstün kuralları yapacak siyasilere vekalet vermesidir. Cebri hukuk düzenine meşruiyet temin eden, kendi kendine yönetimin özünü oluşturan hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bu unsur, demokratik ilke olarak adlandırılabilir. Diğer nitelik ise tüm kamu gücünün anayasal/yasal kurallara uygun olarak kullanılmasını zorunlu kılan yasallık ilkesidir. Yüksek Mahkemelerin herkesi bağlayan nihai kararları, yalnızca kuralların yapımında yurttaşların eşit katılımına izin vermediği için değil özerk ve sorumsuz hakimlerin kullandığı kamu gücünün her tür yaptırımdan muaf olması nedeniyle de hukuk devleti için sakıncalıdır. Makale *hukukun üstünlüğünden meşruiyete, güçlü ve zayıf anayasa yargısından siyasi soruna* kadar çok sayıda kavramı açıklamayı ve bu kavramların demokratik teoriyle ne kadar uyumlu olduğunu irdelemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda tespit edilen sorunlara çözüm önerisi olarak anayasal düzenin vesayet mercii haline gelen yüksek yargı yetkilerinin daraltılarak *zayıf anayasa yargısına* geçilmesi ve Meclise Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarını ortadan kaldırma yetkisinin tanınması önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal Aktivizm, Yargı Üstünlüğü, Siyasal Sorun, Çoğunluk Karşısı Zorluk, Zayıf Anayasa Yargısı.

Abstract

Two qualities distinguish the rule of law from authoritarian, totalitarian, and fascist states. The first is that free and equal citizens, through elections, authorize politicians to make the superior rules to be applied to themselves. This element is the democracy principle. It is the sine qua non condition of the rule of law, which provides legitimacy to the coercive legal order and constitutes the essence of self-government. The other characteristic is the principle of legality, which obliges all public power to be exercised in accordance with constitutional/legal rules. The final judgments of the Supreme Courts, which are binding on everyone, are problematic for the rule of law not only because they do not allow equal participation of citizens in rule-making, but also because the public power exercised by autonomous and irresponsible judges is exempt from all sanctions. As a solution, this article proposes a *weak constitutional adjudication* by narrowing the powers

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

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.07.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024*

* Doç. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, adelice@fsm.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3596-8420>.



of the high courts, which have become the custodians of constitutional order, and granting the Parliament the power to annul the decisions of the Constitutional Court.

Keywords: Judicial Activism, Judicial Supremacy, Political Question, Counter-majoritarian Difficulty, Weak Constitutional Adjudication.

Giriş

Anayasa yargısı ilk ortaya çıktığı günden beri tartışmaların odağı olmaktan kurtulamamış, kimi hukukçular siyasi erklerin yargı eliyle denetimini hukuk devletinin olmazsa olmaz şartı kabul ederken diğerleri de yasamanın yüksek yargı eliyle kısıtlanmasını demokrasiye aykırı bulup süreci oligarşik güçlerin baskısı şeklinde tanımlamıştır. Egemen halkın vekillerine ait iradenin halka rağmen ortadan kaldırılması aşılması neredeyse imkânsız bir çelişki ortaya koyar ve bu durum Bickel tarafından çoğunluk karşıtı zorluk (*counter-majoritarian difficulty*) olarak adlandırılır.¹ Çelişkiyi aşmak adına ileri sürülen yüksek mahkeme hakimlerinin uzmanlık ve tarafsızlık gibi niteliklere sahip olduğu iddiaları sahada teyit edilemediği gibi bu tür erdemlerin demokratik meşruiyeti ikame etmesi de mümkün değildir. Bu hususta kullanılan diğer bir gerekçe de çoğunluk baskısına direnerek azınlıkları koruma işlevidir. Yüksek yargı kararlarından en çok istifade edenlerin sayıca az olsa da asla *azınlık* olmayan servet sahipleri olduğu² göz önüne alındığında bu gerekçenin de sağlam bir zemine oturmadığı açıktır. Diğer yandan *çoğunluk despotizminin* hukuk devletine tehdit oluşturduğunu iddia edenler yargı heyeti çoğunluklarının da aynı tehlikeyi taşıyıp taşımadığını sorgulamaktan kaçınırlar. Tüm bu nedenlerle anayasa yargısını meşruiyete kavuşturmak için sunulan gerekçelerin çoğunluk karşıtı zorluğu aştığı söylenemez. Çalışma *hukukun üstünlüğünden meşruiyete, güçlü ve zayıf anayasa yargısından siyasi soruna* kadar çok sayıda kavramı açıklığa kavuşturmanın yanı sıra anayasa yargısının demokratik teoriye uygun hale getirilmesi için bazı teklifler de sunar. İlk öneri zayıf anayasa yargısına geçilmesidir. Diğerleri de yargı işlevinin anayasal sınırlar içinde kalmasını temin etmek için Meclise Anayasa Mahkemesi kararlarını ortadan kaldırma yetkisinin tanınmasıdır.

¹ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1962) 16.

² Hirschl'e göre Kanada, Yeni Zelanda, İsrail ve Güney Afrika'da temel hakların anayasallaştırılmasıyla gelir eşitsizliğini ölçen *gini katsayısının* artışı arasında paralellik vardır. Bir başka ifadeyle temel hakların anayasa ile teminat altına alınması servet sahiplerinin lehine olurken alt gelir grubundaki insanların yaşam kaliteleri üzerinde müspet bir etkisi yoktur. Bkz. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press, 2004) 156-158. Karş. Serdar Güleler, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu* (On İki Levha, 2017) 196; Taylan Barın, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti* (On İki Levha 2016) 125. Kelsen'e göre de gerçek demokrasiyle kusursuzca bağdaşan azınlık yönetiminde sayısal azınlığın sayısal çoğunluk üzerinde hakimiyet kurması mümkündür. Bkz. Hans Kelsen, *Demokrasi, Doğası, Değeri*, (Yasin Uysal çev., Dost Kitabevi 2019) 57.

I. ANAYASACILIĞA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Kişilerin Değil Hukukun Üstünlüğü

“Aristo’nun kanuni yönetimleri akli ve tanrısal, şahsi yönetimleri hayvani karakterde tasvirinden”³ bu yana *kişilerin değil hukukun üstünlüğü ilkesi*,⁴ toplumun bizatihi hukuk tarafından yönetilmesini, sınırlı devletin de⁵ keyfi bir güç tarafından değil yasalar tarafından kurulup muhafaza edilmesini ifade eder.⁶ Amerikan ve Fransız devrimleri bir yandan yasama ve yürütme yetkisini tek yöneticide temerküz ettiren kişisel yönetimleri⁷ reddederken diğer yandan da toplumun kurtuluş reçetesi olarak hukuka işaret eder.⁸ Bu andan itibaren artık yalnızca yasalara uygun işlemler için itaat talep edilebilir.⁹ Kuralların kişilerden bağımsız olmadığı¹⁰ ve insanlar tarafından yapıldığı düşünülüğünde¹¹ hukuk devleti anlayışının cari olduğu ülkelerde bile¹² kurallarla değil kişisel yönetimlerle yüzleşmek kaçınılmazdır.¹³ İktidar sahibi yöneticiler olmadan hiçbir kural (anayasa/yasa) olamayacağına göre¹⁴ “hukuk devletinden umabileceğimiz en iyi şey toplumun yasa aracılığıyla yönetilmesidir.”¹⁵ Unutulmamalıdır ki şekli hukuk devleti kesinlikle adil bir toplumun garantisi değildir.¹⁶ Pekala tiranik, ayrımcı, eşitliği inkar eden bir devlette hukukun üstünlüğüne riayet ederek ülkeyi yasalarla yönetebilir.¹⁷

³ Aristoteles, *The Politics of Aristotle* (B. Jowett çev., Yale University Press 1885) 66-67.

⁴ 1780 tarihli Massachusetts Anayasasının I. Madde XXX. Bölümü ilkeyi ilk kez anayasal hüküm haline getirir. Bkz. Günter Frankenberg, “Democracy,” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2012) 254.

⁵ Hendrig Hartog, “The Constitution of Aspiration and ‘The Rights That Belong to Us All’” (1987) 74 *The Journal of American History*, 1013-1034.

⁶ Margaret Jane Radin, “Re-considering The Rule of Law” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 37.

⁷ Paul Yowell, “A Proposal for Defining and Classifying Systems of Constitutional Government” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022) 330.

⁸ Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (Yale University Press 2014) 44.

⁹ Dieter Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (Oxford University Press 2016) 12.

¹⁰ Radin, “Re-considering The Rule of Law” (n 6) 75.

¹¹ Hermann Heller, *Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law*, David Dyzenhaus (ed.) (Belinda Cooper çev., Oxford University Press 2019) 80.

¹² Radin, “Re-considering The Rule of Law” (n 6) 65.

¹³ Gilmore (n 8) 94.

¹⁴ Heller (n 11) 83.

¹⁵ Jeremy Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 135.

¹⁶ Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 104.

¹⁷ Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 78.



Liberaller hukuku, akıl (*reason*) ile hizalama taraftarıdır.¹⁸ Bu noktada cevaplandırılması hayati olan soru yasaların kimin aklına uygun olarak yürürlüğe konulacağıdır. Aquina'lu yasa yapımı için herkesin aklı yeterli midir diye sorduktan sonra hayır cevabını verir; yasa yapma yetkisi yalnızca halka ya da ortak yararı gözeten yöneticilere (*viceregent*) aittir.¹⁹ Bu nedenle üstün kuralların inşasında yasama organı yerine hakimlerin aklını (*reason*) tercih etmek için hiçbir sebep bulunmaz.²⁰

B. Hukuk Devleti (*The Rule of Law*)

Son derece belirsiz ve tartışmalı bir kavram olan hukuk devletinin²¹ çekirdeğinde devlet yetkilerinin hukuka uygun şekilde kullanılma zorunluluğu bulunur.²² Ana fikri tahakkümün ortadan kaldırılarak iktidarın daha az tehlikeli hale getirilmesidir.²³ İktidarı sınırlandırarak²⁴ başta özgürlük olmak üzere²⁵ kişilere birtakım hak ve güvenceler sağlamaya yöneldiğinden²⁶ ancak keyfi cebrin engellenmesiyle ulaşılabilir.²⁷ Birçok hayati noktada hukuk devleti basitçe demokrasi anlamına gelir.²⁸ Demokrasi ise siyasal katılım ve hakların eşitliğidir.²⁹ Eşitliğe ilişkin bir dü-

¹⁸ Waldron, "Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?" (n 15) 122.

¹⁹ Thomas Aquinas, *Treatise on Law* (Richard J. Regan çev., Hackett Publishing 2000) 4-5; Thomas Aquinas, *Summa Theologica* (Fathers of the English Dominican Province çev., Benziger Brothers 1947) 1330-1331.

²⁰ Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge University Press 2010) 69. Makale bağlamında üstün kuralların nelerden oluştuğunu görmek için bkz. dipnot 220-221-222-223.

²¹ ibid 66; Radin, "Re-considering The Rule of Law" (n 6) 46; Waldron, "Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?" (n 15) 124,133; F.A. Hayek, "Freedom and the Rule of Law, The First of Two Talks" içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 150.

²² Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 345; Jeremy Waldron, *Political Political Theory: Essays on Institutions* (Harvard University Press 2016) 63.

²³ Richard S. Kay, "American Constitutionalism" içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 22; Waldron, "Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?" (n 15) 139.

²⁴ Alison M. Smith, "The Political Costs of Legalizing Executive Power" içinde Hugh Liebert, Garry McDowell, ve Terry L. Price (ed.), *Executive Power in Theory and Practice* (Palgrave Macmillan 2012) 194; Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" (n 17) 93.

²⁵ Aileen Kavanagh, "Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication" içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 241; Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" (n 17) 93.

²⁶ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (The MacMillan Press 1979) 188.

²⁷ Hayek (n 21) 149.

²⁸ Richard Bellamy, "Introduction" içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) xxxv.

²⁹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Religion, Law and Democracy: Selected Writings*, Mirjam Künkler ve Tine Stein (ed.) (Oxford University Press 2020) 65.

şünceye yer vermeyen Orta Çağın³⁰ aksine “*aydınlanma* idealinde devletin varlık sebebi yurttaşların eşitlik ve özgürlüğünü korumak olduğundan”³¹ hukuk devleti keyfi iktidarın zıddı olarak³² rasyonel ve özerk bireyin kendi geleceğini belirleme hakkının yasal koşullarını hazırlar.³³ İtaat edecekleri yasaların yapımına bizzat katılan yurttaşlar bu şekilde kendi hayat tarzlarını inşa etmiş olur.³⁴

Radin, kavramın biri araçsal (instrumental) diğeri maddi (substantive) olmak üzere iki unsuruna dikkat çeker. Araçsal yön etkin bir hukuk düzeninin ön koşulu iken maddi yön hukuk devletinin *adalet, kişilere saygı* gibi asli değerleri hayata geçirmesini ifade eder.³⁵ Raz’a göre kavramın ilk anlamı halkın yasayla yönetilmesidir.³⁶ İkinci ve daha önemli anlamı ise hukukun itaat edilebilir bir niteliğe [değerlere] sahip olmasıdır. Açık ve anlaşılır yasalar geleceğe dönük, eşitlik, genellik niteliğine sahipse, bağımsız yargı siyasi erklerin işlemlerini denetleyebiliyorsa etkin hukuk düzeninin kişilere rehberlik edebileceği söylenebilir.³⁷ Bu hususta tartışılması gereken mesele keyfi iktidarın engellenmesi adına hükümet ve idarenin tüm işlemlerinin yargı denetimine tâbi kılınmasının yasamaya da sınır konulmasını gerektirip gerektirmediğidir;³⁸ cevap olumsuzdur. Tam tersine hukuk devleti siyasiler, kamu görevlileri, kurumlar ve yargı üyeleri yasamaya karşı sorumlu kılındığında mümkündür. Böylece kaçınılmaz şekilde karar almaya ilişkin yetki devri, demokratik hesaba çekilebilirlikle dengelenmiş olur.³⁹ Çelişik gibi görünse de hukukun üstünlüğü kişilerin demokratik usullerle kendi kendilerini yönetmelerine bağlıdır.⁴⁰

C. Meşruiyet

Hiçbir devlet yalnızca cebir tatbikatı üzerine inşa edilemeyeceğinden⁴¹ tüm iktidarlar gibi meşruiyete kavuşturulmak zorundadır ve bu ancak değerler

³⁰ Norbert Elias, *Uygarlık Süreci*, C. I, (Ender Ateşman çev., İletişim Yayınları 2004) 329.

³¹ Daniel Bonilla Maldonado, “The Conceptual Architecture of the Principle of Separation of Powers” içinde David Bilchitz ve David Landau (ed.), *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South* (Cheltenham 2018) 171; Böckenförde (n 29) 65-185; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 10-51.

³² Yüksel Metin, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu” (2012) 2(1) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 93; Heller (n 11) 64; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 147.

³³ Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” (n 17) 87; Hartog (n 5) 1013-1014.

³⁴ Jürgen Habermas, “Popular Sovereignty as a Procedure” içinde *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, James Bohman and William Rehg (ed.) (The MIT Press 1997) 40; Kelsen (n 2) 63-64.

³⁵ Radin, “Re-considering The Rule of Law” (n 6) 39.

³⁶ Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” (n 17) 80.

³⁷ ibid 80-84.

³⁸ Goldsworthy (n 20) 62.

³⁹ Bellamy, “Introduction” (n 28) XI.

⁴⁰ ibid XXIX.

⁴¹ Böckenförde (n 29) 227.



uzlaşısıyla yapılabilir.⁴² Devlet iktidarını kaba şiddetten ayıran unsur hukuka tabi olması, “hukukun kabul edilebilirliğinin zorunlu koşulu da meşruiyet ise”⁴³ yalnızca demokratik usullere riayet edilerek alınan kararlar meşru olabilir.⁴⁴ Yurttaşların bireysel özerkliğini ve çıkarlarını eşit şekilde dikkate alan yapılar, aleni müzakere ve çoğunluk oyuna dayalı demokratik usuller sayesinde salt usule yaslanmaktan kaynaklı noksanı tamamlayarak içsel bir ahlaki değere⁴⁵ diğer bir ifadeyle demokratik meşruiyete kavuşur.⁴⁶ Sadece hukuk devletlerinde teminat altına alınan temel haklar⁴⁷ bireyi eşit ve genel oyla siyasi sürece dahil ederek bir yandan halkın özerkliğini diğer yandan yasama aracılığıyla⁴⁸ siyasal bütünün kaderini tayin etmeyi mümkün kılar. “Devlet bir kez özgürlük ve eşitlik ideali üzerine inşa edilince de artık hiçbir otorite ona rağmen meşruiyete kavuşturulamaz.”⁴⁹ Aksine bir uzlaşma olmadıkça hiç kimse asla tarafsız olmayan⁵⁰ uzmanlığa dayalı meşru yönetim [karar] iddiasında bulunamaz.⁵¹

⁴² Niklas Luhmann, *Trust and Power*, Gianfranco Poggi ve Tom Burns (ed.) (Howard Davis, John Raffan ve Kathryn Rooney çev., John Wiley & Sons Ltd. 1979) 43.

⁴³ Jed Rubenfeld, “Legitimacy and Interpretation” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 210.

⁴⁴ Christopher F. Zurn, “Democratic Constitutional Change: Assessing Institutional Possibilities” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 189; Stephen Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 93; Thomas Bustamante, “On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016).

⁴⁵ Bustamante (n 44) 51.

⁴⁶ Dimitrios Kyritsis, “Constitutional Law as Legitimacy-Enhancer” içinde Dimitrios Kyritsis ve Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022) 224; Peter M. Shane, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy* (The University of Chicago Press 2009) 8, 178-180; Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford University Press 2013) 51.

⁴⁷ Kyritsis (n 46) 224; Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, (Gareth Norbury çev., Oxford University Press 2012) 137; Möllers (n 46) 63-64, 68.

⁴⁸ Shane (n 46) 178; Möllers (n 46) 18; Teubner (n 47) 134.

⁴⁹ Böckenförde (n 29) 71.

⁵⁰ Ian Shapiro, *Politics Against Domination* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2016) 75.

⁵¹ David Estlund, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority” içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997) 183.

Eşit katılım⁵² ve rıza temininde⁵³ yasama organının benzersiz üstünlüğü dikkate alındığında temsil ehliyeti aşaride olan⁵⁴ ya da hiç olmayan⁵⁵ “yargının demokratik meşruiyet iddiasında bulunamayacağı açıktır.”⁵⁶ Yüksek yargının tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlayan nihai kararları, yalnızca yurttaşları kuraların yapımı, değiştirilmesi ve ilgasında eşit yetkiden mahrum ettiği için değil, aynı zamanda özerkliğini yitiren bireyi başkalarının iradesine tabi kıldığı için de⁵⁷ demokratik meşruiyetten yoksundur.⁵⁸

D. Siyasi Sorun (*Political Question*)

Siyasi sorun doktrini, ABD’de Yüksek Mahkemenin, yorum tekeline karşı yapılan itirazları bertaraf etmek için geliştirdiği usullerden biridir.⁵⁹ Yargının, tespit ve takdir edemeyeceği çıkarların varlığını kabul ederek bazen meselenin yargı kapsamına girmediği bazen de kararın göz ardı edileceği endişesiyle⁶⁰ karar vermekten imtina etmesidir.⁶¹ Bu noktada anayasal hükmün anlamı artık yasama organı tarafından aydınlığa kavuşturulur.⁶² Yüksek Mahkeme *Baker v. Carr* kararında⁶³ kavramı:

⁵² Jeremy Waldron, “Do Judges Reason Morally” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 61; David Dyzenhaus, “The Constitution of Legal Authority” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (The Bloomsbury Publishing 2022) 200; Möllers (n 46) 71.

⁵³ Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Cornell University Press 1947), 115; Eoin Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State* (Oxford University Press 2009) 92.

⁵⁴ Tom Campbell, *Separation of Powers in Practice* (Stanford University Press 2004) 4; Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 42.

⁵⁵ Micheal Gordon, “A Positivist and Political Approach to Public Law” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022) 254.

⁵⁶ Andrei Marmor, “Randomized Judicial Review” içinde Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 14; Cass R. Sunstein, “Incompletely Theorized Agreements” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 217; Möllers (n 46) 146; Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 154; Waldron, “Do Judges Reason Morally” (n 52) 61.

⁵⁷ Zurn (n 44) 188.

⁵⁸ Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 199.

⁵⁹ C. Herman Pritchett, “Constitutional Law I - Introduction” *International Encyclopedia of the Social Sciences III* (1968) 296.

⁶⁰ Bickel (n 1) 184.

⁶¹ Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 209; Carolan (n 53) 201; Jenny S. Martinez, “Horizontal Structuring” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 570; Pritchett (n 59) 296; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court* (Princeton University Press 2000) 15.

⁶² Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 104.

⁶³ *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 217 (1962)



“...Anayasal hükümlerin siyasi erklerin eşgüdümüne bıraktığı, yargısal ölçütlerin keşfi ve tatbiki söz konusu olmayan, diğer erklerle saygı eksikliği olmadan bağımsız bir karar alınamayan alanlarda, mevcut bir siyasi karara sorgusuz sualsiz bağlılık...” şeklinde tanımlamıştır.⁶⁴ Yargılanamazlık (*nonjusticiability*) doktrini olarak da adlandırılan kavram sağduyulu kendi kendine sınırlandırmanın bir örneğidir.⁶⁵ Davanın görülüp görülmemesi hususunda sahip olunan tam bir takdir yetkisiyle birlikte⁶⁶ “çözümün siyasi erklerle bırakılmasının anayasayı daha etkin hale getireceği düşüncesine dayanır.”⁶⁷ Bir başka açıdan da yargı üstünlüğünün düşünüldüğü kadar geniş olmadığına işaret eder.⁶⁸ Konuya ilişkin içtihatlardan biri olan *Goldwater v. Carter*⁶⁹ davasında Tayvan’la yapılan antlaşmanın Senatonun onayı olmaksızın başkanın imzasıyla feshedilemeyeceği iddia edilmiştir. Yüksek Mahkeme “...Uluslararası ilişkilerin yürütülmesi için Kongre ve başkanın aldığı kararların siyasi nitelikli olması nedeniyle yargı denetimine uygun olmadığına” hükmetmiştir.⁷⁰ ABD yargısının bu konuda her zaman tutarlı ve hassas olduğu düşünülmemelidir. 2000 yılındaki başkanlık seçimlerinde Florida’da oyların yeniden sayımını durduran Yüksek Mahkeme George W. Bush’a başkanlık koltuğunu armağan ederek hem erklerin kendi kendini sınırlama ilkesinin altını oymuş hem de siyasi sorun içtihadından ayrılmıştır.⁷¹ Diğer yandan gittikçe artan yargısal aktivizm de hem jüristokrasiye geçişin izlerini taşır⁷² hem de *siyasi sorunun* alanını daraltır.⁷³

Kıta Avrupa’sında Almanya *siyasi sorun* öğretisini reddeder.⁷⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, açılan bütün davaları karara bağlamak zorunda olduğundan bu öğretiye yaslanarak karar vermekten imtina edemez.⁷⁵ Bununla birlikte dış işleri ve

⁶⁴ Martinez (n 61) 573; Carolan (n 53) 201.

⁶⁵ İbid (n 53)

⁶⁶ Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics” içinde Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford University Press 2008) 123.

⁶⁷ Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (Harvard University Press 2010) 145; Shane (n 46) 16.

⁶⁸ Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 16.

⁶⁹ *Goldwater v. Carter* 444 U.S. 996 (1979)

⁷⁰ Campbell (n 54) 195; Bkz. *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/996/> (E.T. 15.04.2024)

⁷¹ Shane (n 46) 16.

⁷² Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 138.

⁷³ Monica Bonini, “From Separation of Powers to Superiority of Rights: The Italian Constitutional Court and End-of-Life Decisions (The Cappato Case)” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 111.

⁷⁴ Martinez (n 61) 572.

⁷⁵ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* (Ahmet Mumcu çev., İnkılap Kitabevi 2018) 240.

ulusal güvenlikle ilgili meselelerde farklı gerekçelerle siyasi kararlara saygı duyar ve müdahaleden kaçınır.⁷⁶ İtalyan AYM ise doğrudan yetkisizlik kararı vermek yerine ulaşacağı sonucun çözüm için yetersiz olmasına vurgu yapar.⁷⁷

E. Yargısal Aktivizm

Yargısal aktivizm, “Anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasi tercihlere yargının izin vermemesidir.”⁷⁸ Anayasa yargısıyla bağlantılı şekilde⁷⁹ katı anayasaların yaygınlaşmasının ve değiştirilemez hükümlerin sonucudur.⁸⁰ Güçlü bir siyasallaşma eşliğinde⁸¹ tam bir iktidar nakli olduğundan⁸² “cumhuriyetçilere göre basitçe yargı hakimiyetine yol açar.”⁸³ Uluslararası mahkemelerle ilişkili yüksek mahkemeler⁸⁴ bir yandan erkler ayrılığı içinde siyasi gücü yargıya çevirirken⁸⁵ diğer yandan da zımni olarak kendi siyasi gündemini takip eder.⁸⁶ Hakim isimlerini gazete manşetlerine taşıyan süreç aynı zamanda cübbe iktidarını da tahkim etmiş olur.⁸⁷ Durumdan rahatsız olmak için yeteri kadar sebep vardır.⁸⁸ Yasayla bağlı yargının⁸⁹ hukuku değiştirmek gibi bir görevi olmadığından mahkemeler yalnızca yasaları tatbik etmeli,

⁷⁶ Martinez (n 61) 572.

⁷⁷ Bonini (n 73) 112.

⁷⁸ Michael Hein, “The Least Dangerous Branch?: Constitutional Review Of Constitutional Amendments in Europe” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 190.

⁷⁹ Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 170.

⁸⁰ Hein (n 78) 16; Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 98.

⁸¹ Hein (n 78) 191; Bruce Ackerman, *We the People I: Foundations* (Belknap Press of Harvard University Press 1991) 151.

⁸² Bernardo Gonçalves Fernandes, “A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron’s Criticism on Judicial Review” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 147-148.

⁸³ Bellamy “Introduction” (n 28) XXXIV.

⁸⁴ Gülenler (n 2) 315.

⁸⁵ Konrad Lachmayer, “Disempowering Courts: The Interrelationship Between Courts And Politics in Contemporary Legal Orders Or The Manifold Ways Of Attacking Judicial Independence” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 39.

⁸⁶ David Howarth, “The British Constitution as an Improvised Order” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Oxford 2022) 289; Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 12.

⁸⁷ Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 175; Hein (n 78) 16.

⁸⁸ Joseph Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 184.

⁸⁹ Goldworthy (n 20) 228.



değişiklikleri siyasi erkler bırakmalıdır.⁹⁰ “Siyasal erklerin açık ya da zımni desteği olmaksızın gerçekleşmesi mümkün olmayan”⁹¹ hakimlere menfaat temin eden⁹² “bir tür iktidar açlığı olarak kınanan”⁹³ yargısal aktivizm kitaplarında anlatılanların ötesine geçmiş, dünya genelinde jüristokrasiye giden yolu açmıştır.⁹⁴

Hakimler yönetimine giden yolun taşlarını döşeyen diğer bir kavram da ABD’nin II. Dünya Savaşından sonra dünyaya ihraç ettiği yargı üstünlüğü ilkesidir.⁹⁵ Açık anayasal dayanaktan yoksun⁹⁶ yorum tekeline dayalı bu iddia,⁹⁷ bir yandan devletin anayasaya uygun faaliyette bulunma idealinin içini boşaltırken⁹⁸ diğer yandan da “sistemin etkinliğini zayıflatarak hakimlere keyfi iktidar bahşeder.”⁹⁹ İlkenin, kanunların tatbiki hususunda yasamanın vekili olan mahkemeleri anayasal düzenin vesayet makamına dönüştürdüğünü söylemek de mümkündür.¹⁰⁰ “Üstün yargısal yorumcu olsalar da hakimler anayasanın nihai yorumcusu değildir.”¹⁰¹ Keza demokrasi dışındaki bir meşruiyet ilkesinin anayasacılığı saptırma olasılığı da unutulmamalıdır.¹⁰²

Kesin kararlar hakimleri otokrata, hukuk devletini de hakimler yönetimine dönüştürdüğünde¹⁰³ hukuk devleti sorgulanamaz yüksek mahkeme hakimleri gerçeğiyle

⁹⁰ Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries” (n 88) 184-185.

⁹¹ Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 134.

⁹² Howarth (n 86) 12.

⁹³ Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 133.

⁹⁴ Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 222. Hirschl, yüksek mahkemelerin ulusal siyasi karar alma cihazına dönüşmesini *jüristokrasi* kabul eder. Bkz. Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 123.

⁹⁵ Michael J. Perry, “What is ‘the Constitution’? and Other Fundamental Questions” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 122.

⁹⁶ Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (Oxford University Press 2004) 147.

⁹⁷ ibid. Yüksek Mahkeme *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) kararında “1803 tarihli Marbury kararından bu yana hukukun ne olduğunu söyleme ve anayasayı yorumlama noktasında en üstün otorite olduğunu” bir kez daha ifade etmiştir. Bkz. ibid 221.; <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/> (E. T. 27.04.2024)

⁹⁸ Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 137; Radin (n 6) 52.

⁹⁹ Radin (n 6) 52.

¹⁰⁰ Alec Stone Sweet, “Constitutional Courts” içinde Michel Rosenfeld and András Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 822.

¹⁰¹ John Rawls, “The Idea of Public Reason” içinde James Bohman and William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997) 110. Kanada ve Polonya parlamentolarına yüksek mahkeme kararlarını değiştirme yetkisi tanıyan hükümler, bu mahkemelerin anayasa yorumlarının nihai ve kesin olmadığını gösterir.

¹⁰² Dieter Grimm, “Types of Constitutions” içinde Michel Rosenfeld and András Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 115.

¹⁰³ Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 127.

yüzleşmek zorunda kalır.¹⁰⁴ Alt dereceli hakimlerin kanunları tarafsız şekilde tatbik etmesi için getirilmiş olan yargı bağımsızlığı, anayasa yargısı için tasarlanmadığından¹⁰⁵ mutlaka sorumlulukla dengelenmelidir.¹⁰⁶ Demokratik süreçlerin işletildiği ülkelerde otoriter yargının yetkilerini genişletmesi hiç de adil olmadığından,¹⁰⁷ norm koyarak erkler ayrılığı ilkesine aykırı davranan,¹⁰⁸ hukuk devleti idealini alt üst eden,¹⁰⁹ yüksek yargı sınırlandırılarak iktidarını suiistimal etmesi engellenmelidir.¹¹⁰ Bağımsızlığı tehlikeye atmadan da [yüksek] yargı gücünü azaltmak mümkün olduğundan,¹¹¹ yetki tecavüzlerine karşı en uygun araç yasama organına yüksek yargı kararlarını ortadan kaldırma yetkisinin verilmesidir.¹¹² “Gargarella’ya göre bu tür diyalogik araçlar, anayasanın yorumlanması ve yaratılma sürecinde halkın tekrar merkezi bir rol üstlenmesini sağlayarak”¹¹³ “yargının anayasa üzerindeki tekeline ortadan kaldırır.”¹¹⁴ Hakların korunmasına ilişkin bir yargı kararı kurumlar arası etkileşim ve diyalogu başlatma imkanına sahip olsa da nihai sözü söyleme yetkisine sahip değildir.”¹¹⁵

F. Çoğunluk Karşısı Zorluk

Platon’dan bu yana saf halkın vicdansız yöneticiler tarafından aldatılmasını engellemek adına demokrasinin aşırılıklarını törpüleyecek, azınlık haklarını koruyacak bağımsız yargı, evrensel demokrasinin ölçütü olarak sunulur.¹¹⁶ Bununla yetinmeyenler anayasal demokrasiyi korumak adına yargının yalnızca kanunları değil temel değerlere aykırı anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisine sahip olduğunu da iddia eder.¹¹⁷ *Demokratik çelişki* olarak adlandırılan bu görüşe göre çoğunlukçu

¹⁰⁴ Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 115; Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 127.

¹⁰⁵ Kramer (n 96) 250.

¹⁰⁶ Daniel Smilov, “The Judiciari: The Least Dangerous Branch?” içinde Michel Rosenfeld ve Andrés Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 861.

¹⁰⁷ Bickel (n 1) 173.

¹⁰⁸ Möllers (n 46) 92.

¹⁰⁹ Waldron “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 124.

¹¹⁰ Maldonado (n 31) 168.

¹¹¹ Lachmayer (n 85) 40.

¹¹² Goldworthy (n 20) 219; Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 112.

¹¹³ Roberto Gargarella, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 141.

¹¹⁴ Fernandes (n 82) 149.

¹¹⁵ ibid 162.

¹¹⁶ Shapiro (n 50) 41.

¹¹⁷ Gonzalo Andres Ramirez-Cleves, “The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in



demokrasiler yalnızca azınlık haklarını ihlal etmekle kalmaz aynı zamanda kendini mümkün kılan temelleri de imha ederek bir tür intihar eylemine dönüşür.¹¹⁸

Egemen halkın yönetme yetkisi olarak demokrasi, hukukun üstünlüğü anlamındaki anayasacılık ile kaçınılmaz bir çelişki içinde olduğundan¹¹⁹ “anayasa yargısının temel açmazı çoğunluk karşıtı olmasıdır.”¹²⁰ Sorunun temelinde temsilcilere ait somut iradenin halka rağmen ortadan kaldırılması vardır.¹²¹ Bu noktada şu soruların cevaplandırılması zaruridir; siyasi erklerin demokratik meşruiyete sahip olduğu sabit olduğuna göre¹²² anayasa yargısının meşruiyeti nereden gelir?¹²³ Çoğunluk baskısına direnmek erdemse mahkeme heyetleri niçin çoğunluk ilkesine uygun karar alır?¹²⁴ Geçmişte olduğu gibi günümüzde de şu sorunun cevabı hayatidir: Halk, sorumluluğu olmayan muhafızlardan nasıl korunacaktır? (*Qui custodet ipsos custodes?*)¹²⁵ “Ciddi kusurlarla malul anayasa yargısına”¹²⁶ çoğunluk karşıtı olduğu için yapılan eleştiriler yurttaşların eşitliğini zedelediği için de haklıdır.¹²⁷

G. Güçlü Anayasa Yargısı

Güçlü anayasa yargısı, yargının kanunları, anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal etme ya da yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olmasıdır. Alman AYM ve ABD Yüksek Mahkemesi bu gruba örnektir. İptal, yalnızca kanunun farklı şekillerde yorumlanma ve tatbik edilme imkanını ortadan kaldırdığı için değil¹²⁸ kanun yapımına eşit katılımın ürettiği meşruiyetin yargıda eksik olması nedeniyle de sorunludur.¹²⁹ Keza öngörülebilirlik açısından yargının yasamaya göre daha zayıf olması

Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 213.

¹¹⁸ ibid 216.

¹¹⁹ Vera Karam de Chueiri, “Is There Such Thing as a Radical Constitution?” in Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 242.

¹²⁰ Bickel (n 1) 16.

¹²¹ ibid 16-17.

¹²² Luís Roberto Barroso, “Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 75.

¹²³ Shapiro (n 50) 41.

¹²⁴ Jeremy, *Political Political Theory* (n 22) 247.

¹²⁵ Kay (n 23) 42; Bellamy, “Introduction” (n 28) XI.

¹²⁶ Marmor (n 56) 28.

¹²⁷ Zurn (n 44) 199.

¹²⁸ Bustamante (n 44) 46.

¹²⁹ ibid 56.

ve kararın geçmişe dönük etkileri de hukuk devleti açısından sakıncalıdır.¹³⁰ Güçlü demokratlar adalet ya da insan haklarının neyi gerektirdiği hususunda uzlaşmaya varılmadığında atanmış seçkinlerin değil seçilmiş temsilcilerin görüşlerinin üstün olması gerektiğini kabul eder.¹³¹

Güçlü anayasa yargısının yalnızca kanunların iptaline ilişkin olduğu, hiçbir şekilde yüksek yargıya sınırsız bir takdir alanı açarak keyfi bir iktidar alanı inşa eden anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisini içermediği de unutulmamalıdır. Hukuk devletinin ortadan kaldırmaya çalıştığı siyasi erkler için sözde keyfi karar alma yetkisinin herhangi bir sorumluluğu olmayan yüksek yargıya verilmesi tutarsızlık olduğu kadar ulaşılmaya çalışılan gayeler bakımından da tehlikelidir. Bu talebin dünyanın en güçlü yargı teşkilatına sahip İngiltere ya da ABD gibi ülkelerden değil de Hindistan, Bolivya, G. Afrika gibi koloni geçmişi olan veya Türkiye gibi merkezde yer almayan ülke hakimlerinden gelmesi de başka bir tuhafıktır. Ya gelişmiş ülke hakimleri hukuk devletinin gereğinin ne olduğunu bilmiyorlar ya da Lord Irvine'in ifadesiyle parlamento egemenliğine karşı gelmek basiretsizce (*unwise*) bir tutumdur.¹³²

H. Zayıf Anayasa Yargısı

İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya'nın Victoria eyaletlerinde yüksek mahkemeler kanunların, temel hakları ihlal edip etmediğini tespit etmekle sınırlı bir yetkiye sahiptir.¹³³ Anayasa yargısının yargısal üstünlükten koparıldığı,¹³⁴ parlamento egemenliğinin cari olduğu bu ülkelerde hiçbir mahkemenin kanunları iptal etme yetkisi yoktur. Keza Kanada'da Yüksek Mahkeme'nin anayasaya aykırılık nedeniyle verdiği iptal kararı, Federal Parlamentonun basit çoğunlukla kanunu tekrar kabul etmesiyle 5 yıllığına ortadan kaldırılır. Bu ülkede de anayasa yargısı yargı üstünlüğü anlamına gelmez.¹³⁵ Güçlü anayasa yargısının demokrasinin içini boşaltma, parlamento egemenliğinin de temel hakları tehlikeye atma olasılığı göz önünde bulundurulduğunda¹³⁶ hakları koruma ideolojisiyle parlamento egemenliğinin olumlu yanlarını birleştiren *zayıf anayasa yargısı* azami fayda için en iyi seçenektir.¹³⁷ Üstelik bu usul, temel haklara ilişkin tartışmalarda nihai sorumluluğu yurttaş temsilcilerine bırakma üstünlüğüne de sahiptir.¹³⁸

¹³⁰ Goldsworthy (n 20) 75.

¹³¹ ibid 9.

¹³² ibid 97.

¹³³ Bustamante (n 44) 45.

¹³⁴ Gardbaum, "Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy" (n 44) 93.

¹³⁵ ibid 96; Polonya Parlamentosu alt kanadı SEJM'in AYM kararlarını geçersiz kılması için bkz. Aslan Delice, "Karma Hükümetten Denetim ve Dengeye Erkler Ayrılığı İlkesi" (2022) 30(3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1667.

¹³⁶ Goldsworthy (n 20) 80.

¹³⁷ ibid 11-80.

¹³⁸ Bustamante (n 44) 57.

II. ANAYASA YARGISINA İLİŞKİN TARTIŞMA VE KARŞI GÖRÜŞLER

A. Anayasa Yargısı: Devletin Sınırlanması

Devletin sınırlanması ve tahakküme karşı koruma ile karakterize edilen anayasacılık¹³⁹ “esasen siyasal iktidarın hukukileştirilmesinin özel bir şekli olup”¹⁴⁰ 20. asrın son çeyreği itibariyle kural haline gelen anayasa yargısıyla özdeştir.¹⁴¹ Kilit unsuru yüksek mahkeme kararlarının nihai ve kesin olarak tüm devlet organlarını ve yurttaşları bağlamasıdır.¹⁴² En bilinen tatbikatı kanunların anayasaya aykırılık nedeniyle iptali olduğundan¹⁴³ anayasa yargısı olmadan anayasacılığın pek az kıymete sahip olduğu iddia edilir.¹⁴⁴ Tarafsızlık ve nesnellik gibi epistemik ve ahlaki üstünlüğe sahip olmaları,¹⁴⁵ hakları tarif ve tefrik etmekteki yetenekleri,¹⁴⁶ hukukta uzman olmaları,¹⁴⁷ demokratik siyasetin çıkar peşinde koşan baskı gruplarıyla özdeşleşmesi,¹⁴⁸ “yasama çoğunluklarına karşı kamusal aklı temsil etmeleri”¹⁴⁹ azınlıkların savunulması,¹⁵⁰ despotizminin engellenmesi,¹⁵¹ sivil din haline gelen temel hakların korunması,¹⁵² yorum anarşisinin ortadan kaldırılması,¹⁵³ “çoğunluğun ahlaki değerlerine boyun eğmek yerine anayasal ahlakının hayata geçirilmesi,”¹⁵⁴ anayasa yargısını meşrulaştırmak için sunulan gerekçelerden bazılarıdır.¹⁵⁵ Bu anlatıda

¹³⁹ N. W. Barber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018) 6.

¹⁴⁰ Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 35.

¹⁴¹ Grimm, “Types of Constitutions” (n 102) 112; Sweet (n 100) 816.

¹⁴² Doehring (n 75) 231.

¹⁴³ Kay (n 23) 25.

¹⁴⁴ Grimm, “Types of Constitutions” (n 102) 112.

¹⁴⁵ W. J. Waluchow, “Constitutional Morality and Bill of Rights” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 87; Larry Alexander, “Constitutions, Judicial Review, Moral Rights and Democracy: Disentangling the Issues” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 136.

¹⁴⁶ Campbell (n 54) 20-103.

¹⁴⁷ Marmor (n 56) 25.

¹⁴⁸ Barroso (n 122) 77; Kramer (n 96) 222.

¹⁴⁹ Bustamante (n 44) 55; Lawrence Sager, “The Domain of Constitutional Justice” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 239; Rawls (n 101) 109.

¹⁵⁰ Kramer (n 96) 188.

¹⁵¹ Barroso (n 122) 75; Frankenberg (n 4) 257.

¹⁵² Kramer (n 96) 228; Randall G. Holcombe, *From Liberty to Democracy: The Transformation of American Government* (The University of Michigan Press 2002) 231; Möllers (n 46) 36-148; Shane (n 46) 181; Barber (n 139) 66-74.

¹⁵³ Kramer (n 96) 188.

¹⁵⁴ Waluchow (n 145) 89.

¹⁵⁵ Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 234.

yargı, müteceviz siyasilere karşı hukuk devletinin olmazsa olmaz unsuru olurken¹⁵⁶ yüksek hakimler de demokratik süreci tersine çevirmek yerine ona katkı veren kişilere dönüşür.¹⁵⁷ Bu kadar işlevle birleşen yorum tekelinin kaçınılmaz sonucu ise biraz önce değinilen yargısal üstünlüktür.¹⁵⁸

Madalyonun ikinci yüzünde tasvir edilen ideal ilişkiler ağının gölgesinde kalan daha farklı bir manzara vardır. İlk itiraz ilke bazındadır. Parlamentonun yetkisini kısıtlayan, ona karşı güvensizliği açığa vuran¹⁵⁹ “güçlü anayasa yargısını meşruiyete kavuşturacak temel aksiyomlara sahip olmadığımız gibi”¹⁶⁰ anayasal hükümlerin yüksek mahkemeler eliyle tatbiki de anayasacılığın olmazsa olmaz koşulu da değildir.¹⁶¹ Birey ve azınlık haklarının tespitinde yargı muhakemesi zaruri olmadığından,¹⁶² “anayasa yargısı olmadan da anayasacılık mümkündür.”¹⁶³ Bu sebeple anayasa yargısı demokratik teoriyle değil ancak tarihi sebeplerle haklı kılınabilir.¹⁶⁴ Yedi yıl savaşları boyunca İngiliz Parlamentosunun koyduğu ağır vergiler nedeniyle özgürlükleri kısıtlanan Amerikalılar en tehlikeli erk olarak gördükleri yasamanın yargı eliyle denetlenmesini tercih etmiş, özgürlük ve mülklerinin yasamaya karşı korunmasını isteyen *Kurucular* sayesinde anayasal devletle anayasa yargısı birlikte doğmuştur.¹⁶⁵ Almanya, İtalya, Güney Afrika, Polonya gibi ülkelerde ise anayasa yargısı post-otoriter, post-totaliter rejimlerin ürünüdür.¹⁶⁶ Nazi döneminde yaşanan korkunç olaylar demokratik özgüven eksikliğine neden olunca Almanya’da anayasa yargısı yasama totalitarizmini engelleyecek bir araç olarak tasarlanmıştır.¹⁶⁷

¹⁵⁶ Sweet (n 100) 828.

¹⁵⁷ Waluchow (n 145) 91.

¹⁵⁸ Möllers (n 46) 36.

¹⁵⁹ Bickel (n 1) 21; Robert Alexy, “Rights and Liberties as Concepts” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 289.

¹⁶⁰ Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 204-205; Philip Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (Oxford University Press 1984) 238.

¹⁶¹ Yowell (n 7) 312.

¹⁶² Waldron, “Do Judges Reason Morally” (n 52) 64.

¹⁶³ Goldsworthy (n 20) 78; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 364. Anayasa yargısını reddeden ülkeler arasında İngiltere, Yeni Zelanda, Hollanda, İsveç, İsviçre ilk akla gelenlerdir.

¹⁶⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Anders Wedberg çev., Harvard University Press 1949) 282.

¹⁶⁵ David Jenkins, “The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative” (2011) 56(3) McGill Law Journal 543, 581; Holcombe (n 152) 271-275; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 14-74-83; Shapiro (n 50) 47.

¹⁶⁶ Möllers (n 46) 127; Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 116.

¹⁶⁷ Ackerman, *We the People I: Foundations* (n 81) 320; Möllers (n 46) 33-35; Sweet (n 100) 816; Barın (n 2) 150.



Anayasa yargısını reddeden¹⁶⁸ İngiltere’de ise Parlamento, krala karşı özgürlüklerin teminatı olarak kalmıştır. Kral [ve mahkemeler] 1689 tarihli Haklar Bildirgesi (*Bill of Rights*) ile parlamento egemenliğine boyun eğmiş,¹⁶⁹ parlamentonun özgürlükleri temsil ettiği kabul edilmiştir.¹⁷⁰ Kimseye tehdit oluşturmaması nedeniyle de özgürlüklerin parlamentoya karşı korunmasına ihtiyaç duyulmamıştır.¹⁷¹

B. Tarafsız Rasyonel İlkeli Hâkim

Apaçık kabul edilip incelenmeyen kavramlar doğru düşünmenin önündeki en büyük engel olduğundan,¹⁷² tarafsız rasyonel ilkeli hâkime ilişkin peşin kabuller de sorgulanmalıdır. Edelman’a göre yetenekli üst düzey yönetici, tembel fakirler, şefkatli anne, bilgili doktor gibi kavramlar, üzerine iktidar inşa edilen asıl tasavvurlardır (*images*).¹⁷³ “Yaygın bir slogan olan *çoğunluk despotizmi* gibi sık tekrarlanan yarı filozof, yarı sosyal bilimler uzmanı, ilkeli hâkim yaklaşımı da romantiktir ve sorgulanmalıdır.”¹⁷⁴ Hakimlerin bilgi, basiret ve tarafsızlıklarına ilişkin bön bir kanaatin (*naïve faith*) yurttaşlar arasındaki yaygınlığı¹⁷⁵ hiç kuşkusuz bu tür tasavvurların oluşumunda etkilidir. Kişisel nitelikler dışında kurum olarak benimsenen ideoloji de tartışmaya açıktır. En başta “yargının despotizm karşıtı bir erk olduğunu göstermek son derece güçtür.”¹⁷⁶ *Dred Scott*¹⁷⁷ kararının da gösterdiği gibi en iğrenç mülkiyet biçimi olan kölelik Yüksek Mahkeme eliyle korunmuştur.¹⁷⁸ “Hakimlerin, bazen anayasada yer almayan bir hakkı icat ederken bazen de mevcut bir hakkı yok sayması”¹⁷⁹ önyargılı ve tarafsız hakimlerin¹⁸⁰ siyasi ve ideolojik eğilimler¹⁸¹

¹⁶⁸ Doehring (n 75) 230.

¹⁶⁹ Bkz. Şeref İba ve Abbas Kılıç, *Anayasa Yargısı Dersleri* (Turhan Kitabevi, 2019) 24.

¹⁷⁰ Walter Bagehot, *The English Constitution* (Oxford University Press 2001) 188.

¹⁷¹ McIlwain (n 53) 18; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 72-73.

¹⁷² Murray Edelman, *The Politics of Misinformation* (Cambridge University Press 2004) 108.

¹⁷³ ibid 13-14. Young’a göre de fakir insanlar tembel ve aptal olarak resmedilir. Bkz Iris Marion Young, “Difference as a Resource for Democratic Communication” içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997) 386.

¹⁷⁴ Kramer (n 96) 245.

¹⁷⁵ Goldsworthy (n 20) 223.

¹⁷⁶ Shapiro (n 50) 72-93; Michael Mandel, “A Brief History of the New Constitutionalism, or ‘How We Changed Everything So That Everything Would Remain the Same.’” (1998) 32(2) *Israel Law Review* 250, 271.

¹⁷⁷ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

¹⁷⁸ Mandel (n 176) 271.

¹⁷⁹ Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 222; Perry’e göre YM Hakimleri nadiren de olsa mevcut bir hükmü görmezlikten gelir, bazan oraya yeni bir tanesini ekler bazen de her ikisini birden yaparlar. Bkz. Perry (n 95) 102.

¹⁸⁰ Bellamy, “Introduction” (n 28) XXXVIII.

¹⁸¹ Mandel (n 176) 268; Möllers (n 46) 91; Gülenler (n 2) 313-314.

yanında “stratejik tercihlere dayalı olarak karar verme ihtimalinin göz ardı edilememesinin” en önemli sebebidir.¹⁸²

Tüm bu nedenlerle dürüstlük algısı zayıf, mantıksal tutarlılığa sahip karar verme yetenekleri kusurlu olan,¹⁸³ epistemik üstünlük ve siyasi nüfuzdan uzaklıkları da uygulamada doğrulanamamış¹⁸⁴ yüksek mahkemelere en önemli demokratik kurum muamelesi yapmak ideolojik banallıktır.¹⁸⁵

C. Anayasa Yargısı: Demokrasi Karşıtlığı

“Demokrasinin tabii karşıtı olan anayasacılık ideolojisinin”¹⁸⁶ görünmeyen diğer bir işlevi de demokrasi karşıtlığı içermesidir. Siyasal erklerin sandıktan aldıkları vekaletle kamu siyasetini belirlemesi demokrasinin ayırt edici özelliği olup anayasa yargısı bu niteliğe aykırıdır.¹⁸⁷ Unger, bu hususu “çağdaş yargının küçük kirli sırrı demokrasiyle uyumsuzluktur” şeklinde ifade eder.¹⁸⁸ Temelinde de halk hareketlerinden duyulan korku bulunur.¹⁸⁹ Geri planda kalan diğer bir misyon da güçlü şirket ve ailelerin oligarşik baskısı yerine demokratik yönetimin tehlikelerine yoğunlaşarak,¹⁹⁰ özel mülkiyete zarar verecek iktisadi politikalarla mücadelenin aracı haline gelmektir.¹⁹¹ “Demokrasinin panzehiri olarak tam da her şeyin aynı kalması için yapılan kısmi değişikliklerdir.”¹⁹² Kurum olarak mülkiyet oligarşisine yönelik tehlikenin bertaraf edilmesini gaye edindiğinden¹⁹³ çıkara dayalı hegemonik yayılmanın sonucudur ve somut iktisadi, siyasi mücadelelerden tecrit edilerek düşünülemez.¹⁹⁴ Hirschl, hayati siyasi kararların çoğunlukçu siyaset yerine yargı tarafından verilmesini *hegemonik muhafaza teziyle* açıklar.¹⁹⁵ Bu sayede iktisat ve yargı seçkinle-

¹⁸² Bickel (n 1) 36; Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 47.

¹⁸³ Silvia Suteu, “The View from Nowhere in Constitutional Theory: A Methodological Inquiry” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Oxford University Press 2022) 344.

¹⁸⁴ Fernandes (n 82) 163.

¹⁸⁵ Daniel Valchev, “Democracy And Courts Beyond The Ideological Banality” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 22.

¹⁸⁶ Bickel (n 1) 17; Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (n 67) 3; Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 41; Mandel (n 176) 252; Barber (n 139) 4; Rubinfeld (n 43) 196.

¹⁸⁷ Bickel (n 1) 19.

¹⁸⁸ Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become* (Verso 1996) 72.

¹⁸⁹ ibid.

¹⁹⁰ Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 38.

¹⁹¹ Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 45.

¹⁹² Mandel (n 176) 252-281.

¹⁹³ ibid 252-272.

¹⁹⁴ Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 11.

¹⁹⁵ ibid 214.



rinin çıkarları doğrultusunda verilen kararlar çoğunluk tarafından değiştirilemez.¹⁹⁶ “Siyasal sorumluluğu bir peçe arkasına saklayan anayasa yargısının,”¹⁹⁷ ABD gibi ülkelerde tahakkümle mücadelenin önündeki engellerden biri olarak görülmesinin sebeplerinden biri de bu olmalıdır.¹⁹⁸ Çetin kararlar yüksek mahkemelere bırakıldığında getireceği ağır siyasi maliyetten de kaçınılmış olur.¹⁹⁹ Diğer bir gerekçe de siyasette kazanamayanların zafer umutlarını yüksek mahkemelere bağlamasıdır.²⁰⁰

Kamu siyasetine ilişkin temel meselelerin yargıya havale edilmesi 21. asrın belki de en önemli gelişmesidir.²⁰¹ ABD’de olduğu gibi yüksek mahkemeler siyasal hayatın kalbinde yer alan meseleler için daha fazla söz söyleme yetkisi talep etmiş,²⁰² zamanla da “yasama organını denetim altına almışlardır.”²⁰³ Kolombiya²⁰⁴ Türkiye ve Hindistan’da yüksek mahkemeler, anayasal ilkelere aykırı anayasa değişikliklerini iptal edebileceğini ilan etmiş²⁰⁵ ya da iptal etmiştir.²⁰⁶ İlk olarak bu tür kararların hakların korunmasına mı yoksa halkın demokratik iktidarının içini boşaltmaya mı yaradığı sorgulanmalıdır.²⁰⁷ Akabinde de durumun net bir fotoğrafı çekilmelidir; anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisi olmayan mahkemelerin bu tutumu²⁰⁸ “demokrasiye tehdit olduğu kadar”²⁰⁹ “anayasa yargısı kavramına da aykırıdır.”²¹⁰ Anayasayı değiştirmek anayasaya aykırı olamayacağı gibi²¹¹ “yazılı olmayan sınırlarında yargının ahlaki [ideolojik] [ön]yargılarından başka

¹⁹⁶ ibid 43-44.

¹⁹⁷ Doehring (n 75) 234.

¹⁹⁸ Shapiro (n 50) 63.

¹⁹⁹ Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 173.

²⁰⁰ ibid 129.

²⁰¹ Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 119; Hirschl, *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 1.

²⁰² Kramer (n 96) 227.

²⁰³ Valchev (n 185) 23.

²⁰⁴ Kolombiya AYM’nin 2003 C-551 sayılı kararı için bkz. Ramirez-Cleves (n 117) 213.

²⁰⁵ Rosalind Dixon ve David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press Oxford 2021) 8; Martinez, (n 61) 570; Kesavananda Bharati v State of Kerala (1973) Karar için bkz. Hein (n 78) 192.

²⁰⁶ Hein’e göre Avrupa’da 1996 yılından önce yapılan 44 anayasa değişikliğinin yalnızca 4 tanesinde iptal kararı verilmiş olup hepsi de Türkiye’ye aittir. Hein (n 78) 195. Anayasa değişikliklerini iptal eden E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.04.1975, E. 1976/38, K. 1976/46, k.t. 12.10.1976, E. 1976/43, K. 1977/4, k.t. 27.01.1977, E. 1977/82, K. 1977/117, k.t. 27.09.1977 AYM kararları ve eleştirileri için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (22. bs., Ankara 2022) 181-186.

²⁰⁷ Hein (n 78) 196.

²⁰⁸ Claude Klein ve Andras Sajó, “Constitution-Making: Process and Substance” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 440.

²⁰⁹ Dixon ve Landau (n 205) 8; Hein (n 78) 203.

²¹⁰ Martinez (n 61) 570.

²¹¹ Campbell (n 54) 92.

bir şey olması mümkün değildir.²¹² Siyaseti yargıya tâbi kılan, siyaseti yasamadan mahkemelere taşıyan her karar,²¹³ yargıyı *sui generis* yasama işleviyle donatarak²¹⁴ pozitif yasama organına dönüştürür.²¹⁵ Bugün yüksek mahkemeler, Kelsen'in işaret ettiği negatif yasama organı²¹⁶ olmanın ötesine geçerek “üstün kanun koyucu haline gelmiş,”²¹⁷ yorum perdesi altında anayasa yapıcılığına terfi etmişlerdir.²¹⁸ Oligarşik izler taşıyan bu süreci pekala iktidarın cahil ayak takımından, iyi eğitilmiş, zihinsel yetkinliğe sahip aristokratik değerleri temsil edenlere geçmesi şeklinde betimlemek de mümkündür.²¹⁹ Kök hücre çalışmaları,²²⁰ kimin devlet başkanı olacağı,²²¹ kimin yaşayacağı,²²² kimin öleceği²²³ ya da ailenin kimler arasında kurulacağı²²⁴ gibi derin

²¹² Mark D Walters, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 247. Kay’ e göre yazılı sözlü ya da elektronik olarak ifade edilmeyen yasa hukuk kuralı değildir. Sabit [yazılı] kurallara bağlı olmak bizatihi anayasal sınırlamaların ayrılmaz bir unsurudur. Bkz. Kay (n 23) 27-33.

²¹³ Doehring (n 75) 243.

²¹⁴ Yowell (n 7) 326; Kelsen, *General Theory of Law and State* (n 164) 272.

²¹⁵ Sweet (n 100) 827; Mandel (n 176) 251; Hein (n 78) 202.

²¹⁶ Kelsen, *General Theory of Law and State* (n 164) 156, 268-269.

²¹⁷ Sweet (n 100) 818; Martin Belov, “Constitutional Courts As Ultimate Players in Multilevel Constituent Power Games: The Bulgarian Case” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law, Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 160-164.

²¹⁸ Zurn (n 44) 199.

²¹⁹ Goldsworthy (n 20) 10.

²²⁰ Barroso’ya göre Brezilya YM, bu hususta kendini sınırlayarak siyasi erkler geniş bir taktir alanı bırakmıştır. Bkz. Barroso (n 122) 75.

²²¹ Yüksek Mahkeme, 2000 tarihli *Bush v. Gore* kararıyla G. W. Bush’u 43. ABD başkanı ilan etmiştir. Bkz. Mark Tushnet, *The New Constitutional Order* (Princeton University Press 2003) 135. Güney Kore Devlet başkanı Roh Moo-Hyun Parlamento tarafından 2/3 nisapla impeachment usulüyle azledilmiş, AYM, eylemlerin anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Modern anayasacılık tarihinde tek olan örnek için bkz. Martinez (n 61) 560; Hirschl “The Judicialization of Politics” (n 66) 126. TBMM’nin Abdullah Gül’ü anayasaya uygun şekilde 11. Cumhurbaşkanı seçme kararı, AYM’nin 01.05.2007 gün ve E. 2007/45, K. 2007/54 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasaya aykırı olarak toplantı yeter sayısını değiştiren karar ve eleştirisi için bkz. Özbudun (n 206) 313-314.

²²² Yüksek Mahkeme 5-4 nisapla aldığı *Roe v. Wade* (1973) kararıyla kürtajı Anayasaya aykırı bulup yürürlükten kaldırdıktan 49 yıl sonra içtihadından dönerek *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022) kararıyla ahlaki sorunlar içeren konunun ulus ve temsilcileri tarafından çözüme kavuşturulması gerektiğini, anne sağlığı için tehlike veya ceninde tıbbi gerilik olmadıkça 15 haftayı aşan hamileliklerde kürtajı yasaklayan *Mississippi Gestational Age Act*’in Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/19-1392/> (E. T. 19.04.2024) Federal Alman AYM ise kürtaja ilişkin ilk kararında (BVerfGE 39, 1 (1975)) kişinin annesi bile olsa hayat hakkının 3. kişilere karşı devlet tarafından korunması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Stephen Gardbaum, “The Place of Constitutional Law in The Legal Systems” içinde Michel Rosenfeld and Andras Sajo (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 182.

²²³ Güney Afrika AYM’nin ölüm cezasını anayasaya aykırı bulan kararı için bkz. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 30-48.

²²⁴ Yüksek Mahkeme, evliliği farklı cinsler arasında yapılan akit olarak tanımlayan Defense of Marriage Act’ı, *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2696 (2013) kararıyla Anayasanın V. Ekine



siyasi ve ahlaki açmazlar barındıran kararlar yüksek mahkemeler tarafından verilmemelidir.²²⁵ Siyaset esasa ilişkin karar vermek ise²²⁶ yurttaşlar en önemli ahlaki konularda hüküm verme otoritesinden vazgeçmediğine göre²²⁷ kazananı olmayan tartışmalı alanlarda²²⁸ yargının nihai karar vermesi söz konusu olamaz.²²⁹ Aksi durum en önemli siyasi kararların genel ve eşit oyla seçilen yasama üyelerince değil de az saydaki hakim çoğunluğunca verilmesi demektir ki süreçten dışlanan yurttaşları siyasal haklardan mahrum eder.²³⁰ Raz ve Grimm'in iddialarının aksine anayasal hükümlerin hakimler eliyle tatbik edilebileceği fikri kabul edilebilir değildir.²³¹ Keza yargının bu tür sorunları daha iyi çözüme kavuşturabileceği düşüncesi de inandırıcılıktan uzaktır.²³² İlke basittir; “herkesi etkileyen karar herkes tarafından alınır (*quod omnes tangit ab omnibus*)”²³³

Hem ilke hem de siyaset gereği demokratik hakların ne olduğunu tespit etmek yargının değil demokratik sürecin görevidir.²³⁴ ABD’de iç savaş, *New Deal* programı, siyasal haklar ve cinsiyet ayrımcılığı gibi konular devlet yönetiminde anahtar zeminin yargı değil siyaset olduğunu göstermiş,²³⁵ büyük toplumsal ıslahatlar yargı eliyle değil halkın dahil olduğu siyasal hareketlerle gerçekleştirilmiştir.²³⁶ Türkiye’de de işkencenin ülke gündeminden çıkarılması, faili meçhul cinayetlerin sona

aykırı bulmuştur. Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/744/> (E. T. 19.04.2024). Aynı yöndeki Kanada YM’nin *M v. H (1979)* kararı için bkz. Hirschl (n 2) 20; Brezilya AYM kararı için bkz. Barroso (n 122) 83.

²²⁵ Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 123.

²²⁶ Jon Elster, “The Market and The Forum: Three Varieties” içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997) 19.

²²⁷ Estlund (n 51) 183.

²²⁸ Hirschl, *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 39-40.

²²⁹ Bustamante (n 44) 63.

²³⁰ Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 199; Hirschl, *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 187.

²³¹ Yowell (n 7) 324.

²³² Kramer (n 96) 237.

²³³ Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 268; Frank I. Michelman, “How Can the People ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy”, içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997) 153; Gargarella (n 113) 123.

²³⁴ Sunstein (n 56) 188.

²³⁵ ibid 224.

²³⁶ Richard Bellamy, “The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 271.

erdirilmesi,²³⁷ askeri mahkemelerin ilgası,²³⁸ Güney Doğu Anadolu’da 1978-2002 yılları arasında çeyrek asra yaklaşan olağanüstü halin kaldırılması²³⁹ gibi temel haklara ilişkin en önemli adımların siyasi erklerden gelmesi hukuk/refah devleti hedefinin gerçekleştirilmesinde kimin nihai sözü söylemesi gerektiğine ilişkin göz ardı edilemeyecek işaretler taşır.

SONUÇ

Locke’ın erkler ayrılığı şemasında yer vermediği, Montesquieu’nün belli şartlar altında görünmez hale gelip ortadan kalkan bir erk olarak tanımladığı,²⁴⁰ *Kurucuların* en az tehlikeli erk olarak gördüğü yargının 20. asrın ikinci yarısından sonra üstün konuma geçerek iktidara el koyması tuhaf bir ironidir.²⁴¹ Yüksek yargının iktidar alanını sürekli artıran, geçici yasama çoğunluklarına karşı üstün erk olarak konumlanmasını sağlayan süreç ancak kanunların tarafsız şekilde tatbik edilmesinden sorumlu mahkemelerin, anayasanın yapımçı yorumculuğuna terfi etmelerini temin eden yorum tekeli sayesinde açıklığa kavuşabilir.

İlk kez *Marbury v. Madison*,²⁴² kararıyla Hâkim Marshall, Kongrenin anayasa ya aykırı kanun çıkaramayacağını, aksine düzenlemelerin hükümsüz olacağını ilan etmiştir. Gereğe kısmı edebi bir dille kaleme alınsa da kararın “küçük” bir kusuru vardır: anayasal dayanaktan yoksunluk. Hukuk devleti, keyfi iktidarın ortadan kaldırılması için tüm kamu yetkilerinin ana/yasaya uygun olarak kullanılması ise, Amerikan Yüksek Mahkemesinin iki asırdır devam eden tatbikatının açık anayasal dayanaktan yoksun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aynı durum Türk Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir. Avrupa’da anayasa değişikliklerini iptal eden ilk Mahkeme olmasına rağmen bu yetkinin anayasanın hangi hükmüne dayandırıldığı belli değildir. Gereğe olarak sunulan satırlar ise hukuki olmaktan çok koyu bir ideolojik renge sahip olduğu için tatmin edici değildir. ABD’de liberal değerlerin Türkiye’de de belli dogmaların muhafızlığını üstlenen yüksek mahkemelerin bu işlevi, Hirschl tarafından *hegemonik muhafaza* teziyle açıklanır. Bu tür kısıtlamaların asıl hedef olan refah devletinin gerçekleştirilmesine ne kadar hizmet ettiği de başka bir tartışmanın konusudur.

²³⁷ TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Meclis Araştırması Komisyonu 12.10.1995 tarih ve 10/90 sayılı Raporuna göre 1975-1994 yılları arasında faili meçhul cinayet sayısı 908’dir. Bu sayının çok daha fazla olduğu iddiaları da vardır.

²³⁸ 21/01/2017 gün ve 6771 sayılı TC Anayasasında değişiklik yapılmasına dair kanunun 17. Maddesiyle 1982 Anayasasına eklenen geçici 21. Madde D bendiyle Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askeri mahkemeler ilga edilmiştir. TBMM’nin demokratikleşme yönündeki iradesi hiç şüphesiz sessiz bir devrim niteliğindedir.

²³⁹ Güney Doğu’da 1978 yılında sıkıyönetim ilanı ile başlayan süreç olağanüstü halin TBMM’ tarafından 4 aylığına son kez 30.07.2002’de uzatılması sonrasında 30.11.2002 tarihinde ermiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/06/20020621.htm#T.C.r> (E. T. 25.05.2024)

²⁴⁰ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu Üzerine* (Berna Güven çev., 8. bs., İş Bankası Yayınları 2017) 200.

²⁴¹ Kramer (n 96) 245-250.

²⁴² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)



Hukuk devleti hiçbir organın kaynağını anayasadan almayan yetki kullanımına izin vermeyen siyasal örgütlenme biçimi ise (1982 AY m. 6/son fıkra) hükümet gibi yargının kullandığı yetkilerin de anayasaya uygun olup olmadığı denetlenmelidir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerini iptal kararları açık bir yetki gaspı olup bizatihi hukuk devletinin içini boşaltır.²⁴³ Yetki/mesuliyet dengesinin kurulabilmesi için birkaç adım atılmalıdır. Gerçek anlamda devrimci nitelik taşıyan adım TBMM'nin hiçbir işleminin denetlenmesine izin vermemektir. 1960 askeri darbesinden sonra egemenliğin halkın temsilcileri tarafından kullanılmasını engelleyen düzenlemeleri ilga eden, *parlamento egemenliğine* hayat veren bu teklifin, ülke şartları düşünüldüğünde gerçekleşme ihtimali bir hayli düşüktür.

İkinci seçenek anayasa yargısını yargısal üstünlükten ayırmaktır. Kimi Anglo-sakson ülkelerde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi de yalnızca kanunların anayasaya aykırılığını tespit etmekle sınırlı bir yetkiye sahip olmalıdır. *Zayıf anayasa yargısına* geçişle iptal yetkisi elinden alınan Anayasa Mahkemesi, her tür iktidar kaygısından uzak şekilde hukuki uzmanlığını hakların geliştirilmesi ve daha iyi korunması için kullandığında hem itibarı artacak hem de hukuk yapımına anlamlı bir katkı sunma imkânı elde edecektir.

Yetki tecavüzlerine karşı son tedbir TBMM'ye Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarını üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ortadan kaldırma yetkisinin tanınmasıdır. Hukukun yapım sürecini kesintiye uğratan iptal kararının ortadan kaldırılması bir yandan kanunun yasama organının amaçları doğrultusunda tatbik edilmesine hizmet ederken diğer yandan da yargı yetkisinin anayasal sınırlar içinde kalmasını temin eder. Bu teklif siyasilerin yanılmayacağına ilişkin naif bir kanaate yaslanmak yerine kamu siyasetine ilişkin en doğru kararları yargısal değil yasama çoğunluklarının alma olasılığının daha yüksek olduğuna işaret eden Condercet'nin jüri kuramından ilham alır.²⁴⁴

KAYNAKÇA

Ackerman B, *The Decline and Fall of the American Republic* (Harvard University Press 2010)

Ackerman B, *We the People I: Foundations* (Belknap Press of Harvard University Press 1991)

Alexy R, "Rights and Liberties as Concepts" içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

²⁴³ Belirtmek gerekir ki AYM, 03/06/2016 gün E. 2016/54, 2016/117 K. Sayılı kararıyla anayasa değişikliklerini esasen inceleme içtihadından şimdilik dönmüş görünmektedir. Aynı yönde bkz. Özbudun (n 206) 189.

²⁴⁴ <https://plato.stanford.edu/entries/jury-theorems/> (E. T. 28.05.20024)

Aquinas T, *Summa Theologica*, (Fathers of the English Dominican Province çev., Benziger Brothers 1947)

Aquinas T, *Treatise on Law* (Richard J. Regan çev., Hackett Publishing 2000)

Aristoteles, *The Politics of Aristotle* (Jowett B çev., Yale University Press 1885)

Bagehot W, *The English Constitution* (Oxford University Press 2001)

Barber NW, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018)

Barın T, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti* (On İki Levha 2016)

Barroso LB, “Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Bellamy R, “Introduction” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (New York 2016)

Bellamy R, “The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Belov M, “Constitutional Courts As Ultimate Players in Multilevel Constituent Power Games: The Bulgarian Case” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law, Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Bickel AM, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1962)

Bobbitt P, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (Oxford University Press 1984)

Böckenförde EW, *Religion, Law and Democracy: Selected Writings*, Künkler M ve Stein T (ed.) (Oxford University Press 2020)

Bonini M “From Separation of Powers to Superiority of Rights: The Italian Constitutional Court and End-of-Life Decisions (The Cappato Case)” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Bustamante T, “On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Campbell T, *Separation of Powers in Practice* (Stanford University Press 2004)



Craig P, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

de Chueiri VK, “Is There Such Thing as a Radical Constitution?” in Bustamante T Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Delice A, “Karma Hükümetten Denetim ve Dengeye Erkler Ayrılığı İlkesi” (2022) 30(3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.

Dicey AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (The MacMillan Press 1979)

Dixon R ve Landau D, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press Oxford 2021)

Doehring K, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* (Mumcu A çev., İnkılap Kitabevi 2018)

Dyzenhaus D, “The Constitution of Legal Authority” içinde Kyritsis D and Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (The Bloomsbury Publishing 2022)

Edelman M, *The Politics of Misinformation* (Cambridge University Press 2004)

Elias N, *Uygarlık Süreci, C. I*, (Ateşman E çev., İletişim Yayınları 2004)

Elster J, “The Market and The Forum: Three Varieties” içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997)

Eoin C, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State* (Oxford University Press 2009)

Estlund D, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority” içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997)

Fernandes BG, “A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron’s Criticism on Judicial Review” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Frankenberg G, “Democracy”, içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Gardbaum S, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Gardbaum S, “The Place of Constitutional Law in The Legal Systems” içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Gargarella R, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Gilmore G, *The Ages of American Law* (Yale University Press 2014)

Goldsworthy J, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge University Press 2010)

Gordon M, “A Positivist and Political Approach to Public Law” içinde Kyritsis D and Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022)

Grimm D, “Types of Constitutions” içinde Rosenfeld M and Sajó A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Grimm D, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (Oxford University Press 2016)

Gülener S, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu* (On İki Levha 2017)

Habermas J, “Popular Sovereignty as a Procedure” içinde Bohman J and Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, (The MIT Press 1997)

Hartog H, “The Constitution of Aspiration and ‘The Rights That Belong to Us All’” (1987) 74 *The Journal of American History*.

Hayek FA, “Freedom and the Rule of Law, The First of Two Talks” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Hein M, “The Least Dangerous Branch?: Constitutional Review Of Constitutional Amendments in Europe” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)



Heller H, *Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law*, Dyzenhaus D (ed.) (Cooper B çev., Oxford University Press 2019)

Hirschl R, “The Judicialization of Politics” içinde Whittington KE, Kelemen RD, and Caldeira GA (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford University Press 2008)

Hirschl R, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004)

Holcombe RG, *From Liberty to Democracy: The Transformation of American Government* (The University of Michigan Press 2002)

İba Ş ve Kılıç A, *Anayasa Yargısı Dersleri* (Turhan Kitabevi, 2019)

Jenkins D, “The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative” (2011) 56(3) McGill Law Journal.

Kavanagh A, “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Kay RS, “American Constitutionalism” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Kelsen H, *Demokrasi, Doğası, Değeri* (Uysal Y çev., Dost Kitabevi 2019)

Kelsen H, *General Theory of Law and State* (Wedberg A çev., Harvard University Press 1949)

Klein C ve Andras S, “Constitution-Making: Process and Substance” içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Kramer LD, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (Oxford University Press 2004)

Kyritsis D, “Constitutional Law as Legitimacy-Enhancer” içinde Kyritsis D ve Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022)

Lachmayer K, “Disempowering Courts: The Interrelationship Between Courts And Politics in Contemporary Legal Orders Or The Manifold Ways Of Attacking Judicial Independence” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Luhmann N, *Trust and Power*, Poggi G ve Burns T (ed.) (Davis H, Raffan J ve Rooney K çev., John Wiley & Sons Ltd. 1979)

Maldonado DB, “The Conceptual Architecture of the Principle of Separation of Powers” içinde Bilchitz D ve Landau D (ed.), *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South* (Cheltenham 2018)

Mandel M, “A Brief History of the New Constitutionalism, or ‘How We Changed Everything So That Everything Would Remain the Same.’” (1998) 32(2) *Israel Law Review* 250.

Marmor A, “Randomized Judicial Review” içinde Bustamante T and Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Martinez JS, “Horizontal Structuring” içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

McIlwain CH, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Cornell University Press 1947)

Metin Y, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu” (2012) 2(1) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi.

Michelman F, “How Can the People ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy”, içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997)

Möllers C, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford University Press 2013)

Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Güven B çev., 8. bs., İş Bankası Yayınları 2017)

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (22. bs., Ankara 2022)

Perry MJ, “What is ‘the Constitution’? and Other Fundamental Questions” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Pritchett CH, “Constitutional Law I - Introduction” *International Encyclopedia of the Social Sciences III* (1968)

Radin MJ, “Re-considering The Rule of Law” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Ramirez-Cleves GA, “The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Rawls J, “The Idea of Public Reason” içinde Bohman J and Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997)



Raz J, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Raz J, “The Rule of Law and Its Virtue” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become* (Verso 1996)

Rubinfeld J, “Legitimacy and Interpretation” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Sager L, “The Domain of Constitutional Justice” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Shane PM, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy* (The University of Chicago Press 2009)

Shapiro I, *Politics Against Domination* (The Belknap Press of Harvard University Press 2016)

Smilov D, “The Judiciari: The Least Dangerous Branch?” içinde Rosenfeld M ve Sajó A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Smith AM, “The Political Costs of Legalizing Executive Power” içinde Liebert H, McDowell G, ve Price TL (ed.), *Executive Power in Theory and Practice* (Palgrave Macmillan 2012)

Sunstein CR, “Incompletely Theorized Agreements” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (New York 2016)

Suteu S, “The View from Nowhere in Constitutional Theory: A Methodological Inquiry” içinde Kyritsis D and Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Oxford University Press 2022)

Sweet AS, “Constitutional Courts” içinde Rosenfeld M and Sajó A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Teubner G, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, (Norbury G çev., Oxford University Press 2012)

Tushnet M, *Taking the Constitution Away from the Court* (Princeton University Press 2000)

Tushnet M, *The New Constitutional Order* (Princeton University Press 2003)

Valchev D, “Democracy and Courts Beyond the Ideological Banality” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Waldron J, “Do Judges Reason Morally” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Waldron J, “Is The Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (New York 2016)

Waldron J, *Political Political Theory: Essays on Institutions* (Harvard University Press 2016)

Walters MD, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Waluchow WJ, “Constitutional Morality and Bill of Rights” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Young IM, “Difference as a Resource for Democratic Communication” içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997)

Yowell P, “A Proposal for Defining and Classifying Systems of Constitutional Government” içinde Kyritsis D ve Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022)

Zurn CF, “Democratic Constitutional Change: Assessing Institutional Possibilities” içinde Bustamante T and Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer, 2016)



VERGİ KANUNLARINDA TİCARİ TEAMÜLE YAPILAN ATIFLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A Review on Mentions of Commercial Practices in Tax Law

Zeynep MÜFTÜOĞLU*

Özet

Kanunda boşluk, uygulamada karşılaşılan bir hukuki sorun hakkında kanunda bir hüküm bulunmaması veya sınırlı bir düzenleme bulunması halinde olmaktadır. Vergi kanunlarında da bazı konular kanunda açık şekilde düzenlenmemekte; belirli hususun uygulanması konusunda ticari teamüle atıf yapılmaktadır. Vergilerin yasallığı ilkesi gereği vergi hukukunda hakim hukuk yaratması mümkün değildir ve kıyas yasaktır. Bu noktada, vergi kanunlarında ticari teamüle yapılan atıfların niteliği ve uygulanma şekli başta vergilerin yasallığı olmak üzere kıyas yasağı, mali güce göre vergilendirme ilkesi gibi vergilendirme ilkeleri ve hukuk devleti, sosyal devlet ilkesi gibi anayasal ilkeleri ihlal eder nitelikte olabilmektedir. Çalışmanın amacı, Türk vergi kanunlarında ticari teamüle yapılan atıfları inceleyerek (anayasal) vergilendirme ilkelerini ihlal eden durumları saptamak; bu ihlalleri bertaraf edecek öneriler geliştirmektir. Çalışmada özel hukuk ve vergi hukuku üzerinden karşılaştırmalı yaklaşım benimsenmekte; vergi kanunlarında ticari teamüle yapılan atıfların analizinde eleştirel metod kullanılmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde kavramsal çerçeve, ikinci bölümünde boşluk türleri kapsamında ticari teamüllerin hukuka kaynaklık teşkil edip etmeyeceği; kaynaklık teşkil ettiği durumlarda bunun uygulanma ilkeleri ele alınmaktadır. Son bölümde ise vergi kanunlarında yer alan ticari teamül atıfları vergilendirme ilkeleri üzerinden incelenmekte; Vergi Usul Kanunu'nun 186, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 25, Damga Vergisi Kanunu'nun 48, Harçlar Kanunu'nun 9'uncu maddelerinde yer alan ticari teamül atıflarının vergilendirme ilkelerini ihlal ettiği saptaması yapılmakta ve bu ihlaller için çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergi hukuku, teamül, ticari teamül, ticari örf ve adet, örf ve adet hukuku

Summary

A gap in the law occurs when there is no provision or limited regulation in the law on a legal problem encountered in practice. In tax laws, some issues are not regulated and in some of these examples reference is made to customary commercial practices. Judges cannot create law in tax law according to the principle of legality of taxes, and comparison is prohibited. At this point, interpretation of the nature and effect of references to commercial practice in tax laws and determination of how they will be applied can cause violation of the principles of taxation according to financial power, and constitutional principles such as the rule of law and the principle of a social state. This study uses a comparative approach through private law and tax law and a critical method to analyze references to commercial practice in tax laws. The first part of the study

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

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.08.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024*

* Dr. Öğr. Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD, zeynep.muftuoglu@atilim.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2569-5155>.



analyzes the conceptual framework; the second part discusses whether commercial practices can be a source of law regarding the sorts of gaps in law and, if so, the principles of its application. In the last part, the references to customary commercial practices in tax laws are analyzed in terms of taxation principles and it is detected that the Tax Procedure Law article 186; Value Added Tax Law article 25; Stamp Duty Law article 48 and Fees Law article 9 are in violation with such principles so solutions are tried to put forward on detected problems.

Keywords: Tax law, custom, commercial custom, customary commercial practice, common law

GİRİŞ

Hukuk alanında boşluk kavramı, hukuk politikalarında boşluk ve kanunda boşluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan asıl olarak boşluk kavramı, hakime takdir yetkisi veren maddi boşluk olarak tezahür eden kanunda boşluktur. Kanunda boşluk, uygulamada karşılaşılan bir hukuki sorun hakkında kanunda bir hüküm bulunmaması veya sınırlı bir düzenleme bulunması halinde olmaktadır. Kanunda boşluk olması halinde bu boşluk, örf ve adet hukuku, hakimin hukuk yaratması ve kıyas ile doldurulmaktadır.

Boşluk her zaman o konuda kanunda hiçbir düzenleme olmaması şeklinde tezahür etmeyip, kanunda bazen örf ve adete veya teamüle atıf usulü ile bir konunun kanunda düzenlenmeyip mevcut örf ve adet hukuku kurallarına göre çözülmesine işaret edilebilmektedir. Bu noktada örf ve adet, örf ve adet hukuku, teamül kavramlarının içeriğinin araştırılması ve bu kavramlara yapılan atıfların niteliği, nasıl uygulanacağı saptanması uyumsuzluğun hukuka uygun şekilde çözümü bakımından anahtar rol oynamaktadır.

Vergi hukuku, vergilerin yasallığı ilkesi gereği hakimin hukuk yaratabileceği bir hukuk dalı olmayıp aynı ilkeden dolayı kıyas yasaktır. Vergi kanunlarında da örf ve adet, örf ve teamül, ticari teamül gibi kavramlara atıf bulunmaktadır. Vergi hukuku, kendine özgü nitelikleri gereği bu kavramların hukuka kaynaklık etme(me)si bakımından farklılık arz etmektedir. Vergi hukukunda, konunun kanunda düzenlenmeyip örf ve adet veya teamüle atıf yapılması hali başta vergilerin yasallığı olmak üzere mali güce göre vergilendirme gibi temel vergilendirme ilkeleri ile hukuk devleti, sosyal devlet ilkesi gibi anayasal ilkeleri ihlal edebilmektedir.

Çalışmada, ülkemizde yürürlükte olan vergi kanunlarında ticari teamüle yapılan atıflar saptanmakta; bu atıfların lafzı ve ruhu vergilendirme ilkeleri ve diğer anayasal ilkeler çerçevesinde incelenmektedir. Yapılan araştırmada, vergi kanunlarında “örf ve teamül”, “örf ve adet”, şeklinde kullanımlar olduğu görülmekte; çalışmanın odak noktasını vergi kanunlarında yer alan ticari teamül atıflarının incelenmesi oluşturduğundan bahsi geçen “örf ve teamül”, “örf ve adet” atfı örnekleri çalış-

¹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu madde 228: “Örf ve teamüle göre bir vesikaya istinat ettirilmesi mütat olmyan müteferrik giderler.”

² Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 7338, Kabul Tarihi: 08.06.1959, RG. 15.06.1959/10231. Madde 4: “Örf ve adete göre verilmesi mütat bulunan hediye, cihaz, yüzgörümlüğü ve drahomalar.”

mada kapsam dışı bırakılmaktadır. Vergi kanunlarında ticari teamüle atıf yapılması halinde kanun koyucunun belirli bir konuda doğrudan düzenleme yapmayı, o konunun esasının belirlenmesinde ticari teamülün esas alınmasına işaret ettiği durumlar 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)³, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK)⁴, 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu⁵ (DVK), 492 sayılı Harçlar Kanunu (HK)⁶’nda saptanmakta; çalışmanın kapsamı bu kanunların ticari teamüle atıf yapan maddelerini kapsamaktadır.

Çalışmada özel hukuk ve vergi hukuku üzerinden karşılaştırmalı yaklaşım benimsenmekte; vergi kanunlarında ticari teamüle yapılan atıfların analizinde eleştirel metod kullanılmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde örf ve adet, örf ve adet hukuku, örf ve teamül, teamül, ticari teamül kavramları üzerinden kavramsal çerçeve özel hukuk ve vergi hukukunun kendine özgü prensipleri üzerinden değerlendirilmektedir. İkinci bölümde, boşluk kavramı ve türleri açıklanarak ticari teamüllerin hukuka kaynaklık teşkil edip etmeyeceği; kaynaklık teşkil ettiği durumlarda bunun uygulanma ilkeleri ele alınmaktadır. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise Vergi Usul Kanunu’nun 45 ve 186, Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 25, Damga Vergisi Kanunu’nun 48, Harçlar Kanunu’nun 9’uncu maddelerinde yer alan ticari teamül atıfları vergilendirme ilkeleri çerçevesinden incelenmekte; bunlardan Vergi Usul Kanunu’nun 45’inci maddesinin bu ilkeler bakımından bir sakınca barındırmadığı sonucunu ulaşılmaktadır. Vergi Usul Kanunu’nun 186’ıncı maddesi bakımından vergilerin yasallığı; Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 25’inci maddesi bakımından mali güce göre vergilendirme; Damga Vergisi Kanunu’nun 48 ve Harçlar Kanunu’nun 9’uncu maddeleri bakımından ise hukuki belirlilik ve vergilerin yasallığı ilkeleri bakımından sakıncalar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Son olarak da bu bölümün ilgili başlıklarında, saptanan sakıncalar bakımından bu ihlallerin giderilebilmesi amacı ile çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmaktadır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Vergi kanunlarında ticari teamül kavramının tanımı yer almamaktadır. Doktrinde yapılan tanımlarda öne çıkan özelliklere göre teamül, belirli bir meslek grubunda veya belirli bir çevrede geçmişten günümüze uyulmakta ve uygulanmakta olan davranış kurallarıdır⁷. Türk Dil Kurumu tanımlamasına göre teamül, “*bir yerde öteden*

³ Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10705.

⁴ Katma Değer Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 3065, Kabul Tarihi: 25.10.1984, RG 02.11.1984/8563.

⁵ Damga Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 488, Kabul Tarihi: 01.07.1964, RG 11.07.1964/11751.

⁶ Harçlar Kanunu, Kanun Numarası: 492, Kabul Tarihi: 02.07.1964, RG 17.07.1964/11756.

⁷ Ezhan Doğrusöz, ‘Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Vergi Hukukunda Geçerliliği’ (2008) (42) Legal Mali Hukuk Dergisi 42; Şükrü Kızılot, *Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması* (6. Bası, Seçkin 2012) 292; Bilge Öztan ve Damla Gürpınar, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (37. Baskı, Yetkin 2023) 143; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm* (8. Baskı, Vedat 2018)



beri olagelen davranış”;⁸ teamül hukuku “*örf ve âdete dayanan hukuk*” anlamına gelmektedir⁸. Bu tanımlardan yola çıkarak ‘mevcut uygulama’⁹ olarak da anılan teamül, belli bir yerde geçmişten günümüze devam eden, belirli bir topluluğun tamamı veya en azından büyük çoğunluğu tarafından benimsenen bir ‘davranış, iş’ ile ‘yerine getirilme biçimi ve tarzı’ olarak açıklanabilir¹⁰.

Doktrinde örf ve adet ile teamülün birbiri yerine kullanılması¹¹ veya bu iki kavram arasında bir hiyerarşi kurularak kullanılması şeklinde yaklaşımlar mevcuttur. Gelenek hukuku olarak da adlandırılan¹² örf ve adet hukuku, hukukun yazılı olmayan, toplumda yaygın bir inanca dayanan hukuk kurallarıdır¹³. Doktrinde, bir uygulamanın örf ve adet hukuku kuralı olabilmesi için maddi, manevi ve hukuki unsur olarak üç bileşen arandığı görülmektedir.

Örf ve adet hukuku kurallarının unsurlarından maddi unsur, o uygulamanın geçmişten günümüze sürekliliğini gösteren dış unsur olarak tezahür etmektedir. Belirli davranış şeklinin ticari örf ve adet kuralı olarak kabul edilebilmesi için, o davranış kuralının uzun zamandan beri aynı şekilde uygulanıyor olması aranmaktadır. Manevi unsur ise o uygulamanın kurallaştığı yönünde kabule işaret eden genel inanış şeklindeki psikolojik unsurdur. Bir davranış biçiminin örf ve adet kuralı haline gelebilmesi için o davranış biçimine uyma zorunluluğu inancının da yerleşmiş olması ve herkesin zorlama olmaksızın kendiliğinden bu uygulamaya uyma zorunluluğu duyması aranmaktadır. Son olarak da devlet desteği olarak gösterilen yaptırıma bağlı olma unsuru aranmaktadır. Örf ve adet kurallarının devlet tarafından tanınması ve bu kurala uyulmaması durumunda bir yaptırım ile karşılaşılacağı konusunda bir kabulün olması beklenmektedir¹⁴.

86 vd.; Demet Özdamar, ‘Avrupa Sözleşmeler Hukuku’nda ve Türk Borçlar Hukuku’nda Örf ve Âdetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri’ (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 129.

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 23 Mayıs 2024.

⁹ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, 1/1, 24.12.2003.

¹⁰ Mehmet Alpertunga Avcı, ‘İdari Teâmüllerin Türk Vergi Hukukuna Kaynak Olma Vasfı’ (2022) 67 Maliye Çalışmaları Dergisi 8.

¹¹ Murat Batu, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)* (4. Baskı, Seçkin 2024) 123.

¹² Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997) 101.

¹³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (5. Bası, Turhan 2023) 25; Öztan (n 1) 151.

¹⁴ Mustafa Yavuz, ‘Ticari Davalarda Ticari Örf ve Adetin Uygulanma Şartları’ (2020) 15 (172) 2573, 2574; Özdamar (n 1) 124, 125; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutcu ve Damla Gürpınar, *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)* (10. Bası, Turhan 2018) 16 vd; Öztan (n 1) s. 151, 152; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kuralları* (10. Baskı, Turhan 1995) 50; Mehmet Ayan ve Nürşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (15. Baskı Seçkin 2023) 23; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (18. Baskı Filiz 2023) 82 vd.; Kılıçoğlu (n 6) 84-87; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuka Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri*, (5. Baskı, Seçkin 2024) 256-259; Edis (n 5) 92-100; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç*

Ele alınan unsurlardan yola çıkarak, yazılı olmamakla birlikte, uzun zamandan beri istikrarlı bir şekilde uygulanan ve bunun sonucunda uyulması zorunlu olduğu kanısında yaygın bir inancın yerleşmiş olduğu kurallar¹⁵ olarak tanımlanabilecek örf ve adet hukuku ile teamüllerin ortak noktası, belirli bir yerde geçmişten günümüze uygulanmakta olan kurallar olmalarıdır.

Örf ve adet hukuku ile teamüllerin farklılaştıkları nokta ise bağlayıcılıkları yönünden yapılan tartışmalardır. Bu noktada temel dayanak örf ve adet kurallarının niteliği olmaktadır. Doktrinde örf ve adet kurallarından hukuk düzeni tarafından tanınan ve müeyyideye bağlananlar ‘*hukukî örf ve âdet kuralları*’ olarak anılmakta ve bağlayıcı kabul edilmektedir¹⁶. Hukuk düzeni tarafından tanınmayan ve müeyyideye bağlanmayan örf ve adet kuralları ise ‘*alelâde örf ve âdet kuralları*’ olarak nitelendirilmekte ve hukuk kaynağı olarak kabul edilmemektedir¹⁷. Teamüller, hukukî örf ve adet kuralları için aranan unsurlarını içermediği gerekçesi ile “*gelecek ve görenek yahut da olağan (alelâde) örf ve âdetler ile alışkanlıklar*”¹⁸ olarak sınıflandırılmaktadır¹⁹.

II. TİCARİ TEAMÜLLERİN HUKUKA KAYNAKLIK TEŞKİL ETME(ME)Sİ

Kanunda karşılaşılan bir hukukî sorun hakkında bir hüküm bulunmaması²⁰, ‘gerekli²¹’ düzenleme olmaması hali olarak tanımlanabilir. Başka bir deyişle boşluk sorunu, yasanın uygulanması sırasında ortaaya çıkar ve yasada bir eksiklik bulunmasından kaynaklanır²². Boşluk, düzenlemenin sınırlı yapılması, düzenlemenin salt çerçeve içermesi ve fakat düzenlemelerin yetersiz olması, hiç düzenlenmemesi, hangi kanun hükmünün uygulanacağına öncelik bakımından çatışması, kanun koyucunun net düzenleme yapmaktan bilerek kaçınması, yasa koyucunun iradesi dışında boşluk doğması şeklinde tezahür edebilir²³. Bunlardan, ‘*yargıcın sübjektif*

Hükümleri, Kişiler Hukuku, (18. Baskı Beta 2022) 88. Hukukî unsura gerek olmadığı görüşü bkz Öztan (n 1) 144; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (30. Bası, On İki Levha 2024) 106; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri* (2. Baskı, Yetkin 2020) 220-221. Örf ve adetin hukuk kaynağı olması için farklı bir kriterler listesi için bkz: Avcı (n 3) 7.

¹⁵ Özdamar (n 1) 124-128.

¹⁶ Nasıh Sarp Ergüven, ‘1982 Tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’ne Karşı Türkiye’nin Tutumu’ (2022) Doğu Akdeniz Sempozyumu 188.

¹⁷ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (20. Baskı, Ekin 2023) 46-177-178; Avcı (n 3) 7.

¹⁸ Öztan (n 1) 143; Serozan (n 1) s. 86 vd.

¹⁹ Doğrusöz (n 1) 42; Kızılot (n 1) 1292.

²⁰ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku* (34. Baskı, Turhan 2016) 73.

²¹ Öztan (n 1) 143.

²² Hakan Birsenoğlu, *Vergi Hukukunda Yorum*, (1. Baskı, Yetkin 2019) 37.

²³ Mustafa Akkaya, *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım* (3. Baskı, Yetkin 2021) 55-60; Öztan (n 1) 143-150; M. Kemal Oğuzman; Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, (17. Bası, Vedat 2011) 67-69.



kanaatine göre bir hukuk politikası hatası oluşturan yasal düzenlemenin bir hüküm içermesi gerekirken bunda eksiklik olması' şeklinde tanımlanabilecek hukuk politikası boşlukları, metodolojik açıdan boşluk olarak nitelendirilmez. Asıl boşluk kavramı, hakime takdir yetkisi veren maddi boşluklardır²⁴. Kanunda boşluk olması halinde bu boşluk, örf ve adet hukuku, hakim'in hukuk yaratması ve kıyas ile doldurulabilir²⁵.

A. GENEL İLKE

Ticari teamüller, "ticari örf ve âdet olarak kabul edilmedikçe uyuşmazlıkların çözümünde uygulanamayan (mahkemenin yargısına esas olamayan), yalnızca irade beyanlarının yorumunda dikkate alınabilen ve örf ve âdet seviyesine çıkmamış kurallardır"²⁶. Aynı nedenle teamüllerin yasa boşluklarını doldurucu güce, hukuk kaynağı olma özelliğine sahip olmadığı²⁷, fiili yorum aracı olduğu kabul edilmektedir²⁸. Teamüllerin hukuka kaynaklık teşkil etmesi için hukuk düzenince tanınması ve bir müeyyideye bağlanması aranmaktadır²⁹.

Teamüller, özellikle medeni hukuk ve ticaret hukuku bakımından 'fiili bir düzen' kurmak konusunda işlev üstelenmekte³⁰; hukuk kurallarının teamüle atfı yapması ile bu kurallar yedek hukuk kuralı niteliği kazanmakta³¹; hakim'in boşluk doldururken sözleşmedeki veya kanundaki ticari teamül atıflarını dikkate alması gerekmektedir³².

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu³³'nin hukukun uygulanması ve kaynakları başlıklı 1'inci maddesinin 2'inci ve 3'üncü fıkrasında kanunda boşluk olması durumu kurala bağlanmakta; "kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır" yetkisi yer almaktadır. Dolayısı ile olaya uygulanabilecek yazılı bir hukuk kuralı bulunması halinde örf ve adet hukukuna başvurulması

²⁴ İdris Hakan Furtun, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri* (1. Baskı, Yetkin 2019) 73.

²⁵ Öztan (n 1) 151-161; Ateş Oktar, *Vergi Hukuku* (16. Baskı, Türkmen 2022) 65, 66. Bunlardan hakim'in hukuk yaratması, vergilerin yasallığı ilkesi ve bu ilkenin sonucu olan kıyas yasağı nedeni ile mümkün değildir. (Mualla Öncel; Ahmet Kumrulu; Nami Çağan; Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, (32. Baskı, Turhan 2023) 21; Oktar (n 17) 67, 68.

²⁶ Metin Topçuoğlu, 'Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku' (2003) 22 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 126.

²⁷ Alpertunga (n 3) 15.

²⁸ Öztan (n 1) 143; Serozan (n 1) 86 vd.

²⁹ Alpertunga (n 3) 7.

³⁰ İbid 5; Topçuoğlu (n 18) 126.

³¹ Jäggi/Gauch (dn.8) Art. 18 N.522; A.Koller (dn.27) N.612; Gauch /Schluep/Schmid (dn.1 1) N.1254 (Aktaran: Yeşim Atamer, 'Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler' (2005) 63(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 190.

³² BaslerKommentar/Wiegand (dn.4) Art. 18 N.83 (Aktaran: ibid 190).

³³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/ 24607.

mümkün olmadığı gibi örf ve adet hukukunun yazılı hukuk kuralını değiştirmesi de mümkün değildir³⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁵ (TTK)'nin ticari örf ve adetin düzenlendiği 2'inci maddesine göre ise teamülün mahkeme yargısına esas olması ancak aksine bir hüküm olmaması ve bir uygulamanın ticari örf ve adet olarak kabul edildiği belirlendiği takdirde mümkündür. Bunun yanında, teamüller irade açıklamalarının yorumlanmasında da dikkate alınmaktadır³⁶. TTK, belli yöreye ve ticaret dalına özgü ticari örf ve adet kurallarını genel ticari örf ve adet kurallarına üstün tutmaktadır. Ardından yer bakımından da ticari örf ve adetin esas alınmasına dair kural düzenlemekte; ilgililerin aynı bölgede olmamaları halinde, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemiş olmak şartı ile işlemin, sözleşmenin ifa yerindeki ticari örf ve adetin uygulanmasını öngörmektedir. TTK aynı maddede son olarak ticari örf ve adetin tacir sıfatını haiz bulunmayan kişiler üzerinde hüküm ve sonuç doğurması için bu kuralların ancak onlar tarafından bilinmesi veya bilinmesi gerekmesi halinde mümkün olacağı düzenlenmektedir³⁷.

B. VERGİ HUKUKU

Vergiler, temelini 1215 Magna Carta'dan alan ve yükümlü temsilcilerinden oluşan parlamento tarafından ön izin verilmedikçe vergi alınamaması anlamına gelen vergilerin yasallığı ilkesine tabidir³⁸. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ve kamu hukuku bakımından 'pekiştirici ana ilke' konumundaki vergilerin yasallığı ilkesi³⁹ 1982 Anayasası'nın vergi ödevi başlıklı 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında "*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır*" kuralı ile güvence altına alınmaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihatları ile şekillendiği üzere de bir verginin "*keyfi uygulamalara neden olmaması*⁴⁰" ve vergilerin yasallığı ilkesinin sağlanmış olması için "*vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir*⁴¹."

Üst başlıkta da yer verildiği üzere kanunda düzenleme olmaması haline, kanunda boşluk denilmekte; kanun boşlukları hakimın hukuk yaratması, kıyas ve örf ve adet

³⁴ Kılıçoğlu (n 6) 25, 84.

³⁵ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011. RG 14.02.2011/27846.

³⁶ Sezercan Bektaş, Ali Özdemir, 'Uluslararası Teamül Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargılama Hukukuna Etkisi' (2022), Türkiye Barolar Birliği Dergisi 35 (161) 324.

³⁷ Yavuz (n 15) 2573, 2574

³⁸ Öncel; Kumrulu; Çağan; Göker, (n 17) 24.

³⁹ Gülsen Güneş, *Vergilerin Yasallığı İlkesi* (4. Baskı, On İki Levha 2014) 7.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 2015/122, 30.12.2015.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 2003/3, 16.01.2003; Anayasa Mahkemesi, 2015/122, 30.12.2015; Anayasa Mahkemesi, 2018/11, 14.2.2018; Anayasa Mahkemesi, 2023/12, 25.01.2023.



hukuku ile doldurulmaktadır. Vergi hukukunda vergilerin yasallığı ilkesi nedeni ile kıyas yasaktır. Aynı nedenle hakimın hukuk yaratma yetkisi de bulunmamaktadır⁴². Bu noktada, vergi kanunlarında yer alan ticari teamül atıflarının değerlendirilebilmesi için örf ve adet hukukunun vergi hukuku karşısında durumu önem kazanmaktadır.

Doktrinde örf ve adet hukukunun vergi hukukunun kaynakları arasındaki yeri bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlere göre örf ve adet hukuku bağlayıcı kaynaklar⁴³, talî kaynaklar⁴⁴, yazılı olmayan ikincil kaynak⁴⁵, asli ve bağlayıcı kaynaklar dışındaki diğer kaynaklar⁴⁶ altında sayılmakta veya hukukun kaynakları arasında ele alınmayıp boşluk doldurma ve yorum yöntemi olarak analiz edilmektedir⁴⁷. Bazı görüşlerde ise örf ve adet hukuku kurallarına dolaylı kaynak⁴⁸, zayıf işlevli kaynak⁴⁹, sınırlı olarak başvuru kaynak⁵⁰ şeklinde nitelendirmeler yapılmaktadır.

Örf ve adet hukukunun vergi hukukuna kaynaklık teşkil etmesi bakımından sınıflandırmada farklılıklar olmakla birlikte bu görüşlerin ortak noktası vergilerin yasallığı ilkesi nedeni ile örf ve adet hukukunun ancak vergi kanununda atıf yapılmışsa uygulanabileceği; örf ve adetin vergi hukukuna ancak kanunda gönderme yapılmış ise kaynaklık teşkil edebileceğidir⁵¹.

Örf ve adet, yazılı bir hukuk kuralı olmadığından vergi hukukunun yazılı kaynakları arasında yer almamaktadır ve vergi hukukuna doğrudan kaynaklık teşkil etmemektedir⁵². Örf ve adet hukukunun, vergilendirme ilkesi ve kıyas yasağı gereği vergi hukukuna kaynaklık teşkil etmemesi kural; kaynak olması istisnadır⁵³. Her

⁴² Kaneti'nin, vergi hukukunda hakimın boşluk doldurma yetkisi olduğuna ve kıyas yapılabileceğine dair görüşü için bkz: Selim Kaneti, 'Vergi Usul Kanunundaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması' (1991) 9(123) 38 (Aktaran: Oktar, (n 17) 68).

⁴³ Doğan Şenyüz; Mehmet Yüce; Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)* (15. Baskı, Ekin 2024) 49, 50.

⁴⁴ Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, (2. Baskı, Yetkin 2019) 102.

⁴⁵ Fatih Saraçoğlu; Elif Pürsünlerli Çakar, *Vergi Hukuku*, (11. Baskı, Gazi 2020) 29.

⁴⁶ Kamil Mutluer, *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, (3. Baskı, Turhan 2011) 36; Erdoğan Öner, *Vergi Hukuku*, (14. Baskı, Seçkin 2023) 42; Yusuf Ziya Taşkan, *Vergi Hukuku: Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi*, (7. Baskı, Adalet 2024) 58, 59.

⁴⁷ Şerafettin Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, (6. Baskı, Filiz 2010) 11-18; Oktar, (n 17) 32-48; Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, (12. Baskı, Beta 2022) 15-40.

⁴⁸ Öncel; Kumrulu; Çağan; Göker, (n 17) 21.

⁴⁹ Sadık Kırbaş, *Vergi Hukuku: Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar*, (21. Baskı, Siyasal 2018) 45.

⁵⁰ Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku* (55. Baskı, Seçkin 2024) 54; Kamil Mutluer; Nilay Dayanç Kuzeyli, *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, (1. Baskı, Yetkin 2019) 116; Batı (n 5) 123; Alpertunga, (n 3) 16.

⁵¹ Şenyüz; Yüce; Gerçek (n 29) 49, 50; Bilici (n 36) 54; Mutluer; Dayanç Kuzeyli (n 36) 116; Taşkan (n 32) 60; Karakoç (n 30) 126; Batı (n 5) 123; Özgür Biyan, *Vergi Hukuku* (4. Baskı, Dora 2024) 47.

⁵² Şenyüz; Yüce; Gerçek (n 29) 50; Taşkan (n 32) 60; Batı (n 5) 123; Biyan (n 37) 47.

⁵³ Şenyüz; Yüce; Gerçek (n 29) 50.

halükarda örf ve adet hukukunun yazılı hukuk kurallarının ‘önüne geçmesi’ veya yazılı hukuk kurallarına aykırı olması mümkün değildir⁵⁴.

Örf ve adetin ancak kanunda yer alırsa uygulanabileceği görüşünü benimsemek yerinde görünmektedir. Bu noktada, vergi kanunlarında ticari teamül ve örf ve adet hukuku kuralları birlikte ve/veya birbirinin yerine kullanıldığından, benimsenen görüşü bu iki kavram için de geçerli kabul edilmek gerekecektir. Aynı zamanda, örf ve adet hukuku ve/veya (ticari) teamüle kanunda yer verilmesi, normlar hiyerarşisini ve bu hiyerarşide yer alan vergilendirme ilkelerini ortadan kaldırmamaktadır. Örf ve adet hukuku ve/veya (ticari) teamüle kanunda atıf yapıldığında da kanunun vergilerin yasallığı, mali güce göre vergilendirme gibi anayasal vergilendirme ilkeleri ile hukuk devleti ilkesi ve altı ilkeleri olan hukuki belirlilik, hukuki güvenlik, eşitlik gibi ilkeler ile sosyal devlet ilkesi gibi anayasal ilkeleri ihlal etmiyor olması gerekecektir.

Kanun koyucunun belirli bir konuda doğrudan düzenleme yapmayıp, kanunda ticari teamüle atıf yapmak sureti ile o konunun uygulanmasında ticari teamülün esas alınmasına işaret ettiği durumlar bulunmaktadır. Bu atıflar, çalışmanın üçüncü bölümünde ele alındığı üzere Vergi Usul Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu ve Harçlar Kanunu’nda bulunmaktadır. Vergi kanunları örf ve adet ile teamül arasında bir hiyerarşi ya da fark gözetmemekte; bu kavramları birlikte kullanmaktadır. Dolayısı ile vergi kanunlarında ticari teamüle atıf yapılması durumunda ticari teamül, vergilendirme işlemi bakımından kaynak teşkil etmekte; yapılan atfın vergilendirme ilkelerini ihlal etmeyecek şekilde kurgulanması ve uygulanması gerekmektedir.

III. VERGİ KANUNLARINDA YERALAN TİCARİ TEAMÜLATIFLARI

Vergi kanunlarında, Vergi Usul Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu ve Harçlar Kanunu’nda ticari teamüle atıf yapılmaktadır.

A. VERGİ USUL KANUNU’NA GÖRE ZİRAİ KAZANCIN ÖLÇÜLMESİ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun tarh ve tahakkuk usullerinin düzenlendiği ikinci kısmın zirai kazanç ölçülerinin düzenlendiği beşinci bölümde ticari teamüle atıf yapılmaktadır. Ölçüler ve tariflerin yer aldığı 45’inci maddeye göre zirai kazanç ölçüleri, “*yıllık istihsal değeri, götürü gider emsali, ortalama randıman miktarı, ortalama işçilik tutarı, ortalama maliyet bedeli ile ortalama satış fiyatından terekküp eder.*” Zira kazancın ölçümünde kullanılacak unsurların listesi verildikten sonra aynı maddede bu unsurlar tanımlanmakta; ortalama satış fiyatı tanımında ticari teamüle atıf yapılmaktadır. Buna göre zirai kazancın hesaplanmasında dikkate alınacak ortalama satış fiyatı, “*zirai mahsullerin ticari teamüle göre beher satış biriminin 46 ncı maddenin (d) bendi esasları dairesinde tesbit olunan satış fiyatıdır.*”

⁵⁴ Saraçoğlu; Pürsünlerli Çakar (n 31) 29.



VUK 45'inci maddede görüldüğü üzere zirai kazancın hesaplanmasında kullanılacak ölçülerden ortalama satış fiyatının belirlenmesinde ticari teamülden faydalanılmaktadır. 45'inci maddede ticari teamüle yapılan atıf, yine aynı bentte VUK'un 46'ncı maddesine yapılan atıfla desteklenmektedir. VUK 46'ncı maddede zirai kazanç ölçülerinin tespiti kurala bağlanmakta; ortalama satış fiyatının nasıl tespit edileceği de burada açıklanmaktadır. Buna göre söz konusu fiyatın tespitinde hükümetin belirlediği ve ortalama satış fiyatının takdiri sırasında yürürlükte olan fiyatlar esas alınacaktır. Hükümetin herhangi bir fiyat belirlemediği mahsuller bakımından ise ortalama satış fiyatı takdirinin yapılmakta olduğu yıldan önceki son takvim yılında uygulanan mahalli toptan piyasa fiyatı kullanılacaktır. Fiyatın sabit olmadığı durumlar için ise değişen fiyatların ortalaması alınacaktır.

Anılan VUK hükümlerinden görüldüğü üzere Kanun ticari teamüle atıf yapmakta; ticari hayatta uygulanan fiyatlar zirai kazanç tespitine esas alınmaktadır. Bu süreçte hesaplamaya esas teşkil edecek farklı durumlar kanunda açıklığa kavuşturulmakta; objektif kriterlere bağlanmaktadır. Fiyatların yürütme organı tarafından belirlendiği, belirlenmediği ve fiyatın değişken olduğu tüm alternatifler objektif kriterlere, belgelerle takip ve ispat edilebilecek somut uygulamalara dayandırılmaktadır. VUK'un analiz edilen bu 45 ve 46'ncı maddelerinde ticari teamüle yapılan atıfta vergilendirme ilkeleri bakımından bir sakınca görülmemektedir.

B. VERGİ USUL KANUNU'NA GÖRE ENVANTER ÇIKARMA USULÜNDE TİCARİ TEAMÜL

VUK'un bilanço esasına göre defter tutma düzenini düzenleyen bölümünde envanter çıkarma usulü yer almaktadır. 186'ncı maddede öncelikle envanter çıkarmanın açıklaması yapılmakta ardından 2'nci fıkrada ticari teamüle atıf yapılmaktadır. Maddeye göre envanter çıkarmak "*bilanço günündeki mevcutları, alacakları ve borçları saymak, ölçmek, tartmak ve değerlemek suretiyle kesin bir şekilde ve müfredatlı olarak tesbit etmektir.*" Envanter çıkarırken, tartılması, sayılması ve ölçülmesi ticari teamüle göre mutata olmayan mallar saptanması halinde bunların değerlerinin tahminen tesbit olunacağı kurala bağlanmaktadır⁵⁵.

VUK'un kurduğu defter, belge düzenine göre 177'inci maddede gösterilen sınırları aşanlar birinci sınıf tüccar sınıfına dahil olmakta; 176'ncı maddede kurala bağlandığı üzere birinci sınıf tüccarlar bilanço esasına göre defter tutmaktadır. Bilanço, 192'nci maddede "*envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifli ve karşılıklı olarak değerleri itibarıyla tertiplenmiş hulasası*" olarak tanımlanmakta ve matrahın hesaplanmasına esas teşkil etmektedir. Matrahın hesaplanmasına esas teşkil edecek bilanço, envanter kayıtlarına dayanmakta; bu nedenle envanter sisteminin vergilendirme ilkelerine uygun kurulması önem arz etmektedir.

⁵⁵ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu madde 186/2: "*Şu kadar ki, ticari teamüle göre tartılması, sayılması ve ölçülmesi mutata olmayan malların değerleri tahminen tesbit olunur.*"

VUK'un 186'ncı maddesinde yer alan tartılması, sayılması ve ölçülmesi ticari teamüle göre mutata olmayan malların değerlerinin tahminen tesbit olunması düzenlemesinde ticari teamüle yapılan atıf hukuki belirlilik ilkesi bakımından sakıncalı görünmektedir. Bir malın değerinin hesaplanması konusunda tartma, sayma, ölçmenin mutata olmaması gibi bir ticari teamül gelişmesi ticari hayatta karşılığı neredeyse olmayacak kadar dar bir alana tekabül etmektedir. Kanunda işaret edilen bu alan bakımından, böyle bir ticari teamüle dair hiçbir objektif kriter de yer almama; hesaplama 'tahmin'⁵⁶ usulü ile yapılmakta; bu durum ticari teamüle göre tartılması, sayılması, ölçülmesi mutata olmadığı iddiası ile gerçeğe aykırı beyanların önünü açmaya ortam hazırlamaktadır. Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlık örneğinde de görüleceği üzere mükellefler VUK'un 186'ncı maddesinde yer alan ticari teamüle uygunluk ölçütünü, belgesiz alışları dolayısı ile kaydi envanterde çıkan farka gerekçe olarak kullanmaya çalışabilmektedir⁵⁷.

VUK'un 186'ncı maddesinde yer alan atıf şeklinin diğer sakıncası ise gerçek usulde vergileme ilkelerinden ayrılarak ticari teamüle dayanarak tahmini bir değer hesaplama sistemine izin vermesidir. Kuşkusuz ki hayatın olağan akışı içinde gerçek usulde vergilemeden ayrılmayı gerektiren istisnai durumlar oluşması kaçınılmazdır. VUK'ta yer alan götürü matrah düzenlemeleri böyle durumların yasal dayanağı olarak düzenlenmektedir. VUK'un 186'ncı maddesindeki sakınca, gerçek usulden ayrılmayı gerektiren durumun torba hüküm niteliğinde, içeriği belirsiz bir kanuni düzenleme ile yapılmasından kaynaklanmaktadır. Bu durum kıyasın önünü açmakta, vergilerin yasallığı ilkesini de tehlikeye atmaktadır.

VUK'un 186'ncı maddesinde yer alan "*ticari teamüle göre tartılması, sayılması ve ölçülmesi mutata olmayan malların değerleri tahminen tesbit olunur*" düzenlemesinin içerdiği sakıncayı, ekonomik yaklaşım üzerinden incelemek mümkündür. Ekonomik yaklaşım, VUK'un 3'üncü maddesinde "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*" kuralı olarak düzenlenmekte; vergiyi doğuran olayın belirlenmesi ve uygulanacak vergi hukuku düzenlemesinin saptanmasında "*hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınması*" olarak vücut bulmaktadır. Ekonomik yaklaşım, iki aşamada uygulanan bir yorum yönteminin üst kavramı olup; bu

⁵⁶ İzmir 3 BİM, 882/1936, 22.12.2020.

⁵⁷ Danıştay 9D, 3485/1706, 28.04.2022. Danıştay, ilk derece mahkemesinin "... 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 186. maddesi uyarınca envanter çıkarmanın, bilanço günündeki mevcutları, alacakları ve borçları saymak, ölçmek, tartmak ve değerlemek suretiyle kesin bir şekilde ve müfredatlı olarak tesbit etmek suretiyle yapılacağı, ancak ticari teamüle göre tartılması, sayılması ve ölçülmesi mutata olmayan malların değerlerinin tahminen tesbit olunacağına ilişkin düzenleme karşısında, davacının dönem sonu stoklarına ilişkin kaydi envanter kaydı farkıyla ilgili açıklamasının ticari teamüllere uygun olmaması, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gereken davacının, kendi tuttuğu kayıtların usulsüz olduğu iddiasıyla bu durumdan faydalanmasının hukukene mümkün olmaması..." gerekçesiyle reddettiği davada kararı usul ve hukuka uygun bularak temyiz istemini reddetmiştir. Benzer yönde karar için bkz: Danıştay 7D, 2358/1362, 29.03.2022.



yöntem, “*vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği ve işlerliğine göre saptanması ve değerlendirilmesi*” şeklindeki ilk adım olan ekonomik irdelemeden ve “*vergiyi doğuran olaya uygulanacak hukuk kuralının ekonomik gerçekler göz önüne alınarak saptanması*” şeklindeki ikinci adım olan ekonomik yorumdan oluşmaktadır⁵⁸. Söz konusu yorum yöntemi, üst paragraflarda yer verilen gerçeğe aykırı beyanların bertaraf edilmesinde önemli rol oynayacaktır. Yine de sadece ekonomik yaklaşım, tek başına vergilendirme ilkelerinin korunması ve uygulama birliği sağlanması bakımından yeterli güvenceyi sağlayamayabilecektir. VUK’un 186’ncı maddesinde anılan envanter kalemi, ödenecek vergi miktarına doğrudan etki edecek bir husustur. Böyle bir kalemin hem ticari teamül hem tahminen hesaplama gibi iki sınırları belirsiz uygulamaya dayanması vergi adaleti, hukuki öngörülebilirlik, hukuki belirlilik ve vergilerin yasallığı ilkeleri bakımından sakıncalıdır. Bu sakıncaların önüne geçilmesi için kanunda objektif bir kriter benimsenerek, tahminen hesaplanacak değerler için kanuna parasal bir sınır konması; ticari teamüle göre tartılması, sayılması ve ölçülmesi mutlak olmayan malların Hazine ve Maliye Bakanlığı genel tebliği ile açıklanması uygun olacaktır.

C. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU’NA GÖRE MATRAHIN HESAPLANMASINDA TİCARİ TEAMÜL

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun matrahın düzenlendiği üçüncü kısmın birinci bölümünde, teslim ve hizmet işlemlerinde, ithalatta, uluslararası yük ve yolcu taşımalarında matrah hesaplanması esasları düzenlenmekte; ardından özel matrah şekilleri sayılmaktadır. Bu düzenlemelerin ardından 24’üncü maddede matraha dahil olan; 25’inci maddede ise matraha dahil olmayan unsurlar listelenmektedir. Bunlardan matraha dahil olmayan unsurlardan biri “*teslim ve hizmet işlemlerinde fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen ticari teamüllere uygun miktardaki iskontolar*” olarak gösterilmekte; matraha dahil edilmeyecek unsurlarda ticari teamüle atıf yapılmaktadır.

Gelir İdaresi Başkanlığı, ticari teamüllere uygun olma kriterini “*... satılan mal veya hizmetin piyasasında genel olarak yaygın bir biçimde uygulanan miktarlarda ve malın asıl bedeline nazaran makul tutarda yapılmış olması*” olarak tanımlamakta; bu tanıma uygun olmayan iskontoların, -fatura veya benzeri belgelerde gösterilseler dahi- KDV matrahından indirilemeyeceğine işaret etmektedir⁵⁹. Kavrama tanım getirilmiş olmakla birlikte bu tanım da oldukça muallak sınırlar çizmektedir. Danıştay ise iskontoları ‘genel’ ve ‘özel’ olarak ikiye ayırmakta KDVK’nın 25’inci maddesinde öngörülen indirim için genel iskontoları işaret ettiğini saptamaktadır⁶⁰.

⁵⁸ Öncel; Kumrulu; Çağan; Göker, (n 17) 29.

⁵⁹ T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü Özelgesi, Sayı: 93767041-130[25-2012/97]-167, Tarih: 21/08/2013.

⁶⁰ Danıştay 7D, 1367/4567, 18.09.2015.

‘Ticari teamüle uygun iskonto’ konusunda objektif bir kriter olmaması, yükümlünün promosyon olarak ürünü set halinde satışını %100 iskonto göstererek beyan etmesine yol açabilmekte; Danıştay bu durumda kesilen vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezasını uygun bulmaktadır⁶¹. Danıştay kararında da görüleceği üzere yükümlü, ‘ticari teamüle uygun iskonto’ kavramının objektif kriterleri olmadığı için fatura tanziminden sonra yıl içinde farklı tarihlerde gerçekleştirdikleri ciro iskontosu ve ciro primlerini beyan etmeyerek bunları KDVK’da öngörülen ticari teamüle uygun iskonto olarak beyan dışı bırakabilmekte; Danıştay söz konusu indirimlerin KDVK’da öngörülen ticari teamüle uygun iskonto olmadığı yönünde karar tesis etmektedir⁶². Bir başka uyuşmazlıkta ise yükümlü 5 ayrı şirket adına düzenlenen 12 faturada %99 oranında iskonto yaptığını belgelemekte; inceleme elemanı, yükümlünün başka faturalarında aynı konu için yaptığı %15 oranındaki iskontoyu temel alarak işlem yapmaktadır. Danıştay da %15 oran üzerine yapılan vergi aslına dair işlemi hukuka uygun bulmaktadır⁶³. Bu örnekte kabul edilen %15 tamamen uyuşmazlık tarafı şirketin diğer faturalarından kaynaklanmakta olup objektif bir kritere dayanmamaktadır. Bir başka uyuşmazlıkta Bölge İdare Mahkemesi, yükümlü şirketin %20 oranında uyguladığını belirttiği iskonto oranına dayanarak tesis ettiği inceleme raporu doğrultusunda kurulan ilk derece mahkemesi kararını uygun bulmuştur⁶⁴. Başka bir örnekte ise Danıştay, %32 ila 45 oranında iskonto uygulayan yükümlü hakkındaki uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesinin ısrar kararını “*ticari teamüle uygun miktardaki iskonto düzeyi araştırılarak sonucuna göre karar verilmek üzere*” bozmaktadır⁶⁵.

Ticari hayatın olağan akışı gereği satıcılar mal satımı sırasında sıklıkla indirim yapmaktadır. Malın teslim edildiği bedel üzerinden matrah hesaplanması mali gücün doğru kavranması ve gerçeğe uygun vergilendirme yapılabilmesi bakımından gereklidir. KDVK’da yapılan atfın eleştiriye açık yanı, yapılan indirim bedeli ve oranı bakımından ticari teamüle atf yapılması ve bunun yanında hiçbir objektif kriter benimsenmemesidir. Dolayısı ile bir satıcının malı, ticari teamüle göre indirimli sattığı iddiası ile katma değer vergisi (KDV) matrahını olağandan düşük göstermesi halinde böyle bir ticari teamülün varlığı, somut olayda uygulanan indirimin miktarı gibi hususların tespiti ve ispatı oldukça zordur. KDVK’da yer alan ticari teamül maddesi, satıcıyı malın bedelinin bir kısmını elden alma bir kısmını fiş, faturalara yansıtma yönünde davranışlara itmeye açık görünmektedir. KDVK’da yer alan ticari teamül atfı, objektif bir kriter ile desteklenmediği zaman tespiti çok zor bir usulsüzlük ve vergi kaybı kabahatine neden olmaya ve mali güce göre vergilendirme

⁶¹ Danıştay VDDK, 1833/216, 24.02.2021.

⁶² Danıştay 7D, 4010/1126, 16.04.1992.

⁶³ Danıştay 9D, 2422/463, 11.02.1998.

⁶⁴ İzmir 2 BİM, 790/287, 16.02.2017.

⁶⁵ Danıştay VDDK, 106/529, 19.12.1997.



ilkesini ihlal etmeye ortam hazırlar görünmektedir. Mahkeme kararları örneklerinden de görüleceği üzere Kanun'da objektif bir sınır olmaması birçok uyuşmazlığa ve farklı uygulamalara neden olmaktadır. Bu durum hukuki belirlilik ve mali güce göre vergilendirme ilkesi bakımından da sakıncalıdır. Ekonomik yaklaşım yöntemi, bu sakıncanın giderilmesi bakımından da önemli bir işlev üstlenebileceği kuşkusuzdur fakat üst başlıkta da belirtildiği üzere sadece ekonomik yaklaşım, tek başına vergilendirme ilkelerinin korunması ve uygulama birliği sağlanması bakımından yeterli güvenceyi sağlayamayabilecektir.

KDVK'da yer alan ticari teamül atfının gerçeğe uygun matrah hesabı üzerinden vergilendirme sağlanması için yapılacak iskonto bakımından kanunda bir sınır getirilmesi faydalı olabilecektir. Örneğin Özel Tüketim Vergisi Kanunu⁶⁶ (ÖTVK)'nin oran veya tutarların düzenlendiği 12'inci maddesinde özel tüketim vergisinin (ÖTV)'nin bu kanunun listelerinde yer alan malların karşılıklarında düzenlenen tutar ve/veya oranlarda alınacağı belirtilmekte ardından (II) sayılı listedeki mallar üzerinden alınacak vergi bakımından bir sınır getirilmektedir. Buna göre *"vergi, mükellefin bu malı alış bedeli ile her hâlükârda bu malların imalatçısının satış bedeli veya ithalatta hesaplanan katma değer vergisi matrahı üzerinden malın tabi olduğu orana göre hesaplanan vergi tutarından az olamaz."* ÖTVK'da getirilen bu sınırın ardından ÖTV'nin, alış bedeli üzerinden hesaplanması halleri bakımından ticari hayatın olağan akışına da uygun olacak şekilde bir indirim alanı sağlanmıştır. Buna göre *"verginin, mükellefin alış bedeli üzerinden hesaplandığı durumlarda, malı teslim tarihine kadar bu malı mükellefe teslim eden tarafından yüzde 10'a kadar yapılan indirimler alış bedelinden de indirilebilir. Ancak bu indirimler sonrası kalan tutar, malın imalatçısının satış bedelinden veya ithalatta hesaplanan katma değer vergisi matrahından düşük olamaz."* Görüleceği üzere ÖTVK, yapılacak indirimler bakımından %10'luk bir sınır getirerek objektif bir kriter belirlemektedir.

ÖTVK'da yer alan %10'luk sınıra paralel şekilde KDVK'da da bir sınır getirilmesi ve ticari teamüle göre yapıldığı belirtilen iskontoların her hâlükârda bu %10'luk sınırı aşamayacağının kurala bağlanması KDVK hakkında yukarıda ele alınan sakıncaları önleyecektir. Kanun'da benimsenen sınır ticari teamüle uygun indirim iddiası bakımından bir karine işlevi görecektir ve bu orandan fazla yapılan indirimler matraha dahil edilecektir. Bu sayede hem ticari teamüle uygun indirim bakımından ispat ihtiyacı ortadan kalkacak, hem vergi kaybı ve usulsüzlük bakımından tespit kolaylaşacak, ihlaller azalacaktır. Böyle bir sınır iki kanun arasında uygulama paralelliği sağlayacaktır. ÖTV matrahına esas teşkil eden KDV matrahının tespiti için de KDVK 20-27'inci maddeler uygulanacağından, böyle bir objektif sınır, KDVK'da yer alan ticari teamül atfından kaynaklanan sakıncaların ÖTV hesaplamasına sirayet etmesinin de önüne geçecektir.

⁶⁶ Özel Tüketim Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 4760, Kabul Tarihi: 06.06.2002, R. 12.06.2002/24783.

D. DAMGA VERGİSİ VE HARÇLAR KANUNU'NA GÖRE BEDELSİZ İHRAÇ KAĞITLARINDA TİCARİ TEAMÜL

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun damga vergisinden müstesna tutulan kağıtların düzenlendiği (2) sayılı tablosunun ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtların yer aldığı dördüncü başlığında ticari teamüle atıf yapılmaktadır. Anılan dördüncü başlığın 48'inci sırasında *“ürünlerin yurt dışında tanıtım ve pazarlamasını sağlamak amacıyla, miktarı ticari teamüllere uygun örnek ürünler, tanıtım malzemeleri veya promosyon amaçlı ürünlerin bedelsiz ihracatına ilişkin düzenlenen kâğıtlar ile yurt dışındaki fuarlara katılım amacıyla düzenlenen kâğıtlar”* damga vergisinden istisna edilmektedir.

DVK'da yer alan istisna hükmü paralel şekilde 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda da yer almaktadır. HK'nın müşterek hükümlerin düzenlendiği kısımda 123'üncü maddede düzenlenen genel muafıklar ve istisnalar arasında 9'uncu bentte *“ürünlerin yurt dışında tanıtım ve pazarlamasını sağlamak amacıyla, miktarı ticari teamüllere uygun örnek ürünler, tanıtım malzemeleri veya promosyon amaçlı ürünlerin bedelsiz ihracatına ilişkin yapılan işlemler ile yurt dışındaki fuarlara katılım amacıyla yapılan işlemler bu Kanunda yazılı harçlardan müstesnadır”* kuralı düzenlenmektedir. DVK ile aynı şekilde, HK'nın 123'üncü maddesinde yer alan istisna hükmü ticari teamüle atıf yapılmaktadır.

İki madde aynı olduğundan bir arada ele analiz edilmesi uygun olacaktır. Kanun koyucu, anılan istisna hükümleri ile yurt dışında ürün tanıtım ve pazarlaması hallerine vergi kolaylığı getirmektedir. 1982 Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2'inci maddesinde sosyal devlet ilkesi güvence altına alınmaktadır. Sosyal devlet ilkesinin vergilendirme yetkisinin kullanımına getirdiği sınırlardan birisi de planlı kalkınmadır⁶⁷. DVK ve HK'da yer alan yurt dışında tanıtım ve pazarlama yapmak amacı ile tanıtım malzemesi veya promosyon ürün ihracatında damga vergisi ve harç alınmaması sosyal devlet ilkesinin gerektirdiği planlı kalkınma görevi ile uyumludur.

DVK ve HK'da yer alan düzenlemede, çalışmanın odak noktası olan ticari teamül atfı bakımından incelenmeye ihtiyaç olan bir durum bulunmaktadır. Maddelerin lafzından görüldüğü üzere kanun koyucu damga vergisi ve harçlar bakımından vergi kolaylığını tanıtım ve pazarlama amacı ile ihraç edilecek tüm ürünler için sağlamamakta; vergi kolaylığından faydalanmak için ihraç edilecek ürünler bakımından ticari teamüle uygun olma üzerinden bir miktar sınırlaması getirmektedir. Böyle bir sınırlamaya ihtiyaç duyulması belli miktarların aşılması halinde artık bu ürünlerin tanıtım ve pazarlama amacı ile götürülen promosyon ürünler olarak kabul edilmeyeceği yönünde bir karine mi teşkil etmektedir? İhraç edilen ürünlerin ticari teamüle uygun miktarları aşması halinde ihracatçının bedelsiz ihracatının tanıtım ve promosyon amaçlı değil, satış amaçlı olduğu kabulü mü olmaktadır? 2016 tarihli 77

⁶⁷ Öncel; Kumrulu; Çağan; Göker, (n 17) 63.



Seri No'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği, HK'nın uygulamasına yönelik düzenlemelere ilişkin açıklamalar yapılması amacı ile düzenlenmiş olmakla birlikte 123'üncü maddede yer alan düzenleme hakkında bu Genel Tebliğ'de bir açıklama bulunmamaktadır⁶⁸. Bu sorulara olumlu cevap vermek uygun olacak gibi görünmektedir ve DVK ile HK'da bu konunun açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

DVK ve HK'da yer alan istisna hükmü, bir karine ise ticari teamülleri aşan miktardaki bedelsiz ihracatlar bakımından vergi ziyayı kabahatinden bahsetmek gerektirir. DVK ve HK'da ticari teamüle uygun olmak üzerinden getirilen miktar sınırlaması bir karine değil ise o zaman böyle bir sınırlamanın işlevi kalmıyor sonucuna varılması beklenmektedir. Bu durumda, bu iki kanunda yer alan ve işlevi muallak olan ticari teamüle uygun miktar sınırlaması atfının tek sonucu, hukuki belirlilik ve vergilerin yasallığı ilkeleri bakımından sakınca yaratmak gibi görünmektedir.

DVK ve HK'da yer alan ticari teamüle uygun miktar sınırlamasından kaynaklanan tartışmalı durumlar, tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kanunda objektif bir sınır aralığı düzenleyerek ve objektif kriterlerle destekleyerek giderilebilecektir. Şöyle ki bedelsiz ihracata konu ticari teamüle uygun miktardaki malzeme ve ürünlerin miktar ve/veya bedeli bakımından bir sınırlama getirilmesi, kanunda kurulacak bir hesaplama mekanizması ile ticari teamüle göre ihraç edildiği iddia edilen ürün ve malzemelerin bu miktarı aşamayacağı kabul edilmesi ve aşması halinde aşan miktarlar bakımından istisna uygulanmayacağı düzenlenmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Kanunda karşılaşılan bir hukuki sorun hakkında bir hüküm bulunmaması veya sınırlı bir düzenleme bulunması halinde kanunda boşluk olmaktadır. Boşluk, hukuk politikalarında ve kanunda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Teknik anlamda boşluk, kanunda düzenlenmemiş şekilde meydana gelen maddi boşluklardır. Bu boşluklar, kanunda hiç düzenleme yapılmaması, yetersiz düzenleme yapılması gibi farklı şekillerde oluşmaktadır. Kanunda boşluk olması halinde bu boşluk, örf ve adet hukuku, hakim hukuk yaratması ve kıyas ile doldurulmaktadır. Vergilerin yasallığı ilkesi gereği vergi hukukunda hakim hukuk yaratması mümkün değildir ve kıyas yasaktır. Bu noktada, vergi kanunlarında ticari teamüle yapılan atıfların niteliğinin ve etkisinin yorumlanması ve nasıl uygulanacağı belirlenmesi başta vergilerin yasallığı olmak üzere kıyas yasağı, mali güce göre vergilendirme ilkesi gibi vergilendirme ilkeleri ve hukuk devleti, sosyal devlet ilkesi gibi anayasal ilkeler bakımından önem arz etmektedir.

Vergi kanunlarında yapılan ticari teamül atıflarının değerlendirilebilmesi için örf ve adet hukuku ile ticari teamül kavramlarının farklılaştığı ve ortak noktaların araştırılması ve bunun vergi hukuku bakımından analizinin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Doktrinde ağır basan görüşe göre bir uygulamanın örf ve adet hukuku

⁶⁸ Harçlar Kanunu Genel Tebliği, Seri No: 77, RG. 04.10.2016/29847.

kuralı olabilmesi için maddi, manevi ve hukuki unsur olarak üç bileşen aranmakta; bir kuralın örf ve adet hukuku kuralı olması için uzun zamandır uygulanması ve uyulmasının zorunluluğu konusunda yaygın bir inanışın yerleşmiş olması aranmaktadır. Bu noktada örf ve adet hukuku ile teamüllerin ortak noktası belirli bir yerde geçmişten günümüze uygulanmakta olan kurallar olmalarıdır. Örf ve adet hukuku ile teamüllerin farklılaştıkları nokta ise bağlayıcılıkları bakımındandır. Teamüller, hukuki örf ve adet kuralları için aranan unsurlarını içermediği gerekçesi ile bağlayıcı olmayan gelenek, görenek, olağan (alelâde) örf ve âdetler, alışkanlıklar olarak sınıflandırılmaktadır. Vergi kanunlarında “örf ve teamül”, “örf ve adet” şeklinde kullanımlar bulunmakta; dolayısı ile vergi hukuku bakımından örf ve adet ile teamül kavramları birlikte veya birbiri yerine kullanılmakta; bunlar arasında kavramsal olarak bir fark veya hiyerarşi yaratılmamaktadır. Çalışma, zaman olarak yürürlükteki vergi mevzuatını içermekte; kapsam olarak vergi kanunlarında yapılan ticari teamül atıflarına odaklanmaktadır.

Vergi kanunlarında ticari teamüle atıf yapılması halinde kanun koyucunun belirli bir konuda doğrudan düzenleme yapmayıp, o konunun esasının belirlenmesinde ticari teamülün esas alınmasına işaret ettiği bir sınırlı düzenleme hali bulunmaktadır. Bu noktada örf ve adet hukukunun vergi hukukuna kaynaklık teşkil etmesi hususu önem kazanmakta; yapılan değerlendirme, vergi kanunlarının örf ve adet ile teamül arasında fark gözetmemesinden dolayı ticari teamül için de geçerli olmaktadır. Doktrinde örf ve adet hukukunun vergi hukukuna kaynaklık teşkil etmesi bağlayıcı kaynaklar, talî kaynaklar, yazılı olmayan ikincil kaynaklar, asli ve bağlayıcı kaynaklar dışındaki diğer kaynaklar gibi sınıflandırmalar üzerinden tartışılmakta; dolaylı kaynak, zayıf işlevli kaynak, sınırlı olarak başvuru kaynak şeklinde nitelendirmeler yapılmaktadır. Örf ve adet hukukunun vergi hukukuna kaynaklık teşkil etmesi bakımından sınıflandırmada farklılıklar olmakla birlikte bu görüşlerin ortak noktası vergilerin yasallığı ilkesi nedeni ile örf ve adet hukukunun ancak vergi kanununda atıf yapılmışsa uygulanabileceği; örf ve adetin vergi hukukuna ancak kanunda gönderme yapılmış ise kaynaklık teşkil edebileceğidir. Her halükarda örf ve adet hukukunun yazılı hukuk kurallarının önüne geçmesi veya yazılı hukuk kurallarına aykırı olması mümkün değildir.

Çalışmada ele alınan VUK, KDVK, DK ve HK düzenlemeleri incelendiğinde VUK 45’inci maddesindeki “*zirai mahsullerin ticari teamüle göre beher satış biriminin 46 ncı maddenin (d) bendi esasları dairesinde tesbit olunan satış fiyatıdır*” düzenlemesinde yapılan ticari teamül atfının yine yasada objektif kriter ve sınırlarla desteklendiği görülmekte bu nedenle vergilendirme ilkeleri bakımından bir sorun olmamaktadır.

VUK 186’ncı maddesinde, envanter çıkarma usulünün belirlenmesinde ticari teamüle atıf yapılmakta; “*ticari teamüle göre tartılması, sayılması ve ölçülmesi mutat olmayan malların değerleri*” hesaplanırken bunların tahminen tespit edileceği düzenlenmektedir. Böyle bir malın varlığının, ticari hayatın olağan akışında



karşılaşılması oldukça sınırlı bir örnek olacağı, bu nedenle niteliğinin ve kapsamının belirsizliği ilk sorunu oluşturmaktadır. Objektif bir kritere bağlanmayan bu malların ölçülmesinin mutad olmadığı iddiasına meydan verdiğinden gerçeğe aykırı beyanlara kapı aralamaktadır. Gerçek usulde vergileme ilkesini ihlal eder şekilde uygulamalara neden olabilecek olan bu düzenleme VUK 186'ncı maddenin torba hüküm niteliğindeki lafzı nedeni ile vergilerin yasallığı ve kıyas yasağının ihlal edilmesine ortam hazırlamaktadır. Ele alınan ticari teamül atfı, gerçek usulde vergileme ilkelerinden ayrıldığı, vergi adaletini, vergilerin yasallığı, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik ilkelerini ihlal ettiği için sakıncalıdır. Bu sakıncaların önüne geçilmesi için kanunda objektif bir kriter benimsenerek, tahminen hesaplanacak değerler için kanuna parasal bir sınır konması; ticari teamüle göre tartılması, sayılması ve ölçülmesi mutad olmayan malların Hazine ve Maliye Bakanlığı Genel Tebliği ile açıklanması uygun olacaktır.

KDVK'nın 25'inci maddesinde matraha dahil edilmeyecek unsurlar arasında gösterilen *"teslim ve hizmet işlemlerinde fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen ticari teamüllere uygun miktardaki iskontolar"* düzenlemesi ile hem ispat bakımından sakıncalı hem usulsüzlük ve vergi kaybı ihlaline neden olmaya ve mali güce göre vergilendirme ilkesini ihlal etmeye ortam hazırlar görünmektedir. Bu nedenle KDVK'da yer alan ticari teamül atfının gerçeğe uygun matrah hesabı üzerinden vergilendirme sağlanması için yapılacak iskonto bakımından kanunda bir sınır getirilmesi faydalı olabilecektir. Bu sınır getirilirse ÖTVK'nın 12'inci maddesinde yer alan indirim sınırı örnek alınabilecektir. ÖTVK'nın 12'inci maddesinde *"verginin, mükellefin alış bedeli üzerinden hesaplandığı durumlarda, malı teslim tarihine kadar bu malı mükellefe teslim eden tarafından yüzde 10'a kadar yapılan indirimler alış bedelinden de indirilebilir. Ancak bu indirimler sonrası kalan tutar, malın imalatçısının satış bedelinden veya ithalatta hesaplanan katma değer vergisi matrahından düşük olamaz"* kuralı yer almaktadır. Kanun'da benimsenen sınır ticari teamüle uygun indirim iddiası bakımından KDVK'da da ÖTVK'da yer alan %10'luk sınıra paralel şekilde bir sınır getirilmesi ve ticari teamüle göre yapıldığı belirtilen iskontoların her halükarda sınırı aşamayacağına kurala bağlanması halinde bu orandan fazla yapılan indirimler tartışmaya yer bırakmadan matraha dahil edilecektir. Böylelikle mali güce göre vergilendirme ilkesine uygun olmasını ve vergi kaybı ile usulsüzlük kabahatinin önüne geçilmesine önemli rol oynayabilecektir.

Son olarak da *"ürünlerin yurt dışında tanıtım ve pazarlamasını sağlamak amacıyla, miktarı ticari teamüllere uygun örnek ürünler, tanıtım malzemeleri veya promosyon amaçlı ürünlerin bedelsiz ihracatına ilişkin yapılan işlemler ile yurt dışındaki fuarlara katılım amacıyla yapılan işlemler"* bakımından DVK ve HK'da yer alan istisna düzenlemesi hukuki belirlilik ve vergilerin yasallığı ilkeleri bakımından sakıncalı görünmektedir. Anılan hükümler sosyal devlet ilkesinin planlı kalkınma amacı ile uyumlu olup ürünlerin yurt dışında tanıtım ve pazarlamasına

destek olmaktadır. Fakat bu iki kanunda yer alan düzenlemenin çalışmanın konusu bakımından önem arz eden noktası, kanun koyucunun damga vergisi ve harçlar bakımından vergi kolaylığını getirirken bu kolaylıktan faydalanabilmenin sınırını ticari teamül üzerinden çizmesidir. Böyle bir sınırlamaya ihtiyaç duyulmasını, belli miktarların aşılması halinde artık bu ürünlerin tanıtım ve pazarlama amacı ile götürülen promosyon ürünler olarak kabul edilmeyeceği yönünde bir karine kabul etmek gerekir görünmektedir. İhraç edilen ürünlerin ticari teamüle uygun miktarları aşması halinde ihracatçının bedelsiz ihracatının tanıtım ve promosyon amaçlı değil, satış amaçlı olduğu kabul edilmesi ve vergilendirmeye tabi olması gerekecektir. Her halükarda bu uygulama ve miktarlar yoruma açık olup hukuki belirlilik ve vergilerin yasallığı ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi için DVK ile HK'da bu konunun açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. DVK ve HK'da yer alan istisna hükmü, bir karine ise ticari teamülleri aşan miktardaki bedelsiz ihracatlar bakımından vergi ziyai kabahatinden bahsetmek gerekecektir. DVK ve HK'da ticari teamüle uygun olmak üzerinden getirilen miktar sınırlaması bir karine değil ise o zaman böyle bir sınırlamanın işlevi kalmamaktadır. Bu durumda, bu iki kanunda yer alan ve işlevi muallak olan ticari teamüle uygun miktar sınırlaması atfının tek sonucu, hukuki belirlilik ve vergilerin yasallığı ilkeleri bakımından sakınca yaratmak gibi görünmektedir. DVK ve HK'da yer alan ticari teamüle uygun miktar sınırlamasından kaynaklanan tartışmalı durumlar, kanunda karine düzenleyerek ve objektif kriterlerle destekleyerek giderilebilecektir. Bedelsiz ihracata konu ticari teamüle uygun miktardaki malzeme ve ürünlerin miktar ve/veya bedeli bakımından bir sınır aralığı getirilmesi, kanunda kurulacak bir hesaplama mekanizması ile ticari teamüle göre ihraç edildiği iddia edilen ürün ve malzemelerin bu miktarı aşamayacağı kabul edilmesi ve aşması halinde aşan miktarlar bakımından istisna uygulanmayacağına düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Ekonomik yaklaşım, vergi kanunlarında yer alan ticari teamül atıflarının uygulanmasında yukarıda ele alınan hukuki belirsizlik ve vergilerin yasallığı ilkesinin ihlal edilebileceği durumların bertaraf edilmesinde önemli araçlardan biri olabilecektir. Bu yöntem, gerçek ekonomik mahiyetin araştırılmasını böylelikle gerçeğe aykırı beyan ve uygulamaların saptanarak gerçek usulde vergilendirme yapılmasını sağlamada işlevsel olacaktır. Diğer yandan, ekonomik yaklaşım, objektif kriter sağlayamadığından, tek başına vergilendirme ilkelerinin korunması ve uygulama birliği sağlanması bakımından yeterli güvence getirdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. O nedenle ekonomik yaklaşım ile birlikte, yukarıda ele alınan vergi kanunu düzenlemelerinde ticari teamülün yanında kanunda sınırlar çizilmesi ve objektif kriterler getirilmesi vergilendirme ilkeleri bakımından uygun olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, (18. Baskı Beta 2022).
- Akkaya M, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım (3. Baskı, Yetkin 2021).
- Aksoy Ş, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, (6. Baskı, Filiz 2010).
- Altaş H, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (2. Baskı, Yetkin 2020).
- Antalya G ve Topuz M, Medeni Hukuka Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (5. Baskı, Seçkin 2024).
- Atamer Y, 'Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler' (2005) 63(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 171-191.
- Avcı MA, 'İdarî Teâmüllerin Türk Vergi Hukukuna Kaynak Olma Vasfı' (2022) 67 Maliye Çalışmaları Dergisi 8 1-14.
- Ayan M ve Ayan N, Medenî Hukuka Giriş (15. Baskı Seçkin 2022).
- Batı M, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (4. Baskı, Seçkin 2024).
- Bektaş, S.; Özdemir, A. 'Uluslararası Teamül Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargılama Hukukuna Etkisi' (2022), Türkiye Barolar Birliği Dergisi 35 (161) 309-346.
- Bilici N, Vergi Hukuku (55. Baskı, Seçkin 2024).
- Bilge N, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kuralları (37. Baskı, Turhan 2023).
- Birsenoğlu, H, Vergi Hukukunda Yorum, (1. Baskı, Yetkin 2019).
- Biyan Ö, Vergi Hukuku (4. Baskı, Adalet 2024).
- Doğrusöz E, 'Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Vergi Hukukunda Geçerliliği' (2008) (42) Legal Mali Hukuk Dergisi 1269-1276.
- Dural M ve Sarı S, Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri (18. Baskı Filiz 2023).
- Edis A, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997).
- Ergüven, N. S., '1982 Tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne Karşı Türkiye'nin Tutumu' (2022) Doğu Akdeniz Sempozyumu 177-192
- Furtun, İdris Hakan, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri (1. Baskı, Yetkin 2019) 73.
- Gözler K, Hukuka Giriş (20. Baskı, Ekin 2023).

- Gözübüyük Ş, Yönetim Hukuku (34. Baskı, Turhan 2016).
- Güneş G, Vergilerin Yasallığı İlkesi (4. Baskı, On İki Levha 2014).
- Karakoç Y, Genel Vergi Hukuku, (2. Baskı, Yetkin 2019).
- Kılıçoğlu AM, Medeni Hukuk (5. Baskı, Turhan 2023).
- Kırbaş S, Vergi Hukuku: Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, (21. Baskı, Siyasal 2018).
- Kızılot Ş, Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması (6. Bası, Seçkin 2012).
- Mutluer K, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, (3. Baskı, Turhan 2011).
- Mutluer K; Dayanç Kuzeyli N, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, (1. Baskı, Yetkin 2019).
- Serozan R. Medeni Hukuk, Genel Bölüm (8. Baskı, Vedat 2018).
- Oğuzman MKve Barlas N, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (30. Bası, On İki Levha 2024).
- Oktar A, Vergi Hukuku (16. Baskı, Türkmen 2022).
- Öncel M; Kumrulu A; Çağan N; Göker C, Vergi Hukuku, (32. Baskı, Turhan 2023).
- Öner E, Vergi Hukuku, (14. Baskı, Seçkin 2023).
- Özdamar D, 'Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Âdetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri' (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109-188.
- Öztan B, Gürpınar D, Medeni Hukukun Temel Kavramları (47. Baskı, Yetkin 2022).
- Saban N, Vergi Hukuku, (12. Baskı, Beta 2022).
- Saraçoğlu F; Pürsünlerli Çakar E, Vergi Hukuku, (11. Baskı, Gazi 2020).
- Şenyüz D; Yüce M; Gerçek A, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (15. Baskı, Ekin 2024).
- Taşkan YZ, Vergi Hukuku: Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, (7. Baskı, Adalet 2024).
- Topçuoğlu M, 'Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku'(2003) 22 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 113-154.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 23 Mayıs 2024.
- Yavuz, M. 'Ticari Davalarda Ticari Örf ve Adetin Uygulanma Şartları' (2020) 15 (172) Terazi Hukuk Dergisi 2572-2576.
- Zevkliler A, Ertaş Ş, Havutcu A ve Gürpınar D, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler) (10. Bası, Turhan 2018).

Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, 2003/3, 16.01.2003.
Anayasa Mahkemesi, 2015/122, 30.12.2015.
Anayasa Mahkemesi, 2018/11, 14.2.2018.
Anayasa Mahkemesi, 2023/12, 25.01.2023.
Danıştay 7D, 4010/1126, 16.04.1992.
Danıştay 7D, 1367/4567, 18.09.2015.
Danıştay 7D, 2358/1362, 29.03.2022.
Danıştay 9D, 2422/463, 11.02.1998.
Danıştay 9D, 3485/1706, 28.04.2022.
Danıştay VDDK, 106/529, 19.12.1997.
Danıştay VDDK, 1833/216, 24.02.2021.
İzmir 2 BİM, 790/287, 16.02.2017.
İzmir 3 BİM, 882/1936, 22.12.2020.
Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, 1/1, 24.12.2003.

Mevzuat

- Damga Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 488, Kabul Tarihi: 01.07.1964, RG 11.07.1964/11751.
Harçlar Kanunu, Kanun Numarası: 492, Kabul Tarihi: 02.07.1964, RG 17.07.1964/11756.
Harçlar Kanunu Genel Tebliği, Seri No: 77, RG. 04.10.2016/29847.
Katma Değer Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 3065, Kabul Tarihi: 25.10.1984, RG 02.11.1984/8563.
Özel Tüketim Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 4760, Kabul Tarihi: 06.06.2002, RG. 12.06.2002/24783.
T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü Özelgesi, Sayı: 93767041-130[25-2012/97]-167, Tarih: 21/08/2013.
Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/ 24607.
Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011. RG 14.02.2011/27846.
Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 7338, Kabul Tarihi: 08.06.1959, RG. 15.06.1959/ 10231.
Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10705.

ULUSLARASI CEZA MAHKEMESİ TARAFINDAN YÜRÜTÜLEN SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ: FİLİSTİN DEVLETİ'NDEKİ DURUM ÖRNEĞİ

*Expanding the Investigation by The International Criminal Court:
Example of the Situation in Palestine*

Tuba KELEP PEKMEZ*

Özet

Bu makalede Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından yürütülmekte olan Filistin Devleti'ndeki Durum Soruşturmasının 7 Ekim 2023 tarihinden sonra İsrail Devleti yetkilileri ve vatandaşları tarafından işlenen suçları kapsayıp kapsamayacağı tartışılmıştır. Nitekim UCM Savcılık Ofisi tarafından 5 Şubat 2021 tarihinden itibaren yürütülmekte olan bir Filistin Devleti'ndeki Durum Soruşturması bulunmaktadır. Bu makalede cevap aranan soru zamansal olarak soruşturmanın başlamasından sonra gerçekleşen bir olay, ya da soruşturmada ismi zikredilmeyen bir yerde gerçekleşen vakaların soruşturma devam ederken, soruşturmanın konusunu oluşturan durum kapsamında ele alınmak suretiyle daha sonrasında yargılama konusu edilip edilemeyeceğidir. Zikredilen bu amaçlarla konu doktrin ve UCM kararları çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bağlamda yapılan incelemede Filistin'de işlenen yeni tarihli suçlar bakımından UCM nezdinde yeni bir soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Bize göre hem savcının açıklamaları hem de Mahkeme içtihatları göz önünde bulundurulduğunda, özellikle 7 Ekim 2023 tarihinden sonra gerçekleştirilen yeni savaş suçlarının yanı sıra, yargılama aşamasına geçildiğinde soykırım ve insanlığa karşı suçların faillerinin de yürütülmekte olan soruşturma kapsamında değerlendirilmek suretiyle yapılacak olası bir yargılamada ele alınması mümkündür. Bu bağlamda şu anda yürütülmekte olan soruşturmanın işlenmekte olan bu suçları da kapsadığı kanaatine varıldığından, soruşturma kapsamında delil elde etme faaliyetlerine bu suçlara ilişkin delillerin de dahil edilmesi ve UCM'nin soruşturmanın yürütülmesinde bu hususu da göz önünde bulundurması zorunluluk arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Ceza Hukuku Uluslararası Ceza Mahkemesi, Filistin Devleti'ndeki Durum Soruşturması, Soruşturmanın Kapsamı, Soruşturmanın Genişletilmesi,

Abstract

In this article, it is discussed whether the investigation on the Situation in Palestine, which is being carried out by the International Criminal Court, will cover crimes committed by the authorities and citizens of the State of Israel after October 7, 2023. As a matter of fact, there is an investigation into the Situation in Palestine that has been carried out by the ICC Prosecutor's Office since February 5, 2021. The question sought to be answered in this article is whether an incident that occurs after the initiation of the investigation, or circumstances that emerges in a space that is not

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.08.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, kelep@istanbul.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2569-5155>.

mentioned in the investigation, can be subject to trial later by being handled within the context of the situation that constitutes the subject of the investigation, despite the ongoing investigation. For these purposes, the subject has been discussed within the framework of doctrine and ICC decisions. In this context, it was concluded that there was no need to initiate a new investigation before the ICC in terms of recent crimes committed in Palestine. In our opinion, both the the court's jurisprudence and prosecutors' statements indicate that, in addition to new war crimes committed after October 7, 2023, it is also possible to prosecute the perpetrators of genocide and crimes against humanity by being evaluated within the scope of the ongoing investigation when the trial phase begins. In this context, since it has been concluded that the current investigation includes these crimes being committed, it is imperative that evidence related to these crimes be included in the evidence-obtaining activities within the scope of the investigation and that the ICC takes this issue into consideration in the conduct of the investigation.

Keywords: Transnational Criminal Law, International Court of Human Rights, Investigation on the Situation in State of Palestine, Scope of the Investigation, Expanding the Investigation

GİRİŞ

Gazze Şeridi, Batı Şeria ve Doğu Kudüs topraklarında kurulu olan Filistin Devleti, uzun yıllar süren çabaların sonunda Roma Statüsü'ne taraf olarak kabul edilmiş ve nihayetinde sivil halkına karşı İsrail Devleti tarafından işlenen suçlardan sorumlu kişilerin yargılanabilmesini sağlayabilmek için UCM tarafından bir soruşturma başlatılabilmesini sağlama başarısını göstermiştir. Yaklaşık üç yıldır devam etmekte olan ve İsrail Devleti'nin iş birliğine yanaşmaması nedeniyle delil toplanması bakımından güçlükler yaşanan bu soruşturma Filistin Devleti'ndeki Durum Soruşturması olarak adlandırılmaktadır. Hem İsrail Devlet yetkilileri hem de Filistin vatandaşı kişilerin (HAMAS veya Filistin Silahlı Grupları üyeleri) hakkında bir takım savaş suçlarının incelendiği bu soruşturma, 7 Ekim 2023 tarihinden itibaren İsrail Devleti'nin Gazze Şeridi'nde yaşayan sivil halka yönelik gerçekleştirdiği saldırılar sonrasında daha büyük bir önem kazanmıştır. Hastaneler, okullar, ibadethaneler, uluslararası yardım kuruluşlarına ait binalar da dahil olmak üzere pek çok sivil hedefin bombalandığı, sivil halkın zorla yerinden edildiği, sivil halka gelecek gıda, tıbbi malzeme gibi yardımların ulaşmasının engellendiği bu saldırılar, Roma Statüsü'nde belirtilen pek çok suça vücut vermektedir. Ancak UCM bakımından hem bir soruşturmanın başlatılmasının hem de soruşturmanın nihayete erdirilerek yargılama aşamasına geçilmesinin, çoğu zaman, uzun bir zaman alması nedeniyle, şu anda gerçekleştirilmekte olan suçlardan sorumlu kişilerin yargılanmasına yönelik olarak UCM tarafından yeni bir soruşturma başlatılması yerine bu suçların var olan soruşturma kapsamında değerlendirilmek suretiyle araştırılması yoluna gidilmesi fikrinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Bu makalede UCM tarafından yürütülmekte olan Filistin Devleti'ndeki Durum hakkındaki soruşturmanın 7 Ekim 2023 tarihinden sonra İsrail Devleti yetkilileri ve vatandaşları tarafından işlenen suçları kapsayıp kapsamayacağı tartışılacak ve bu suçlar hakkında yeni bir soruşturma başlatılmasının gerekip gerekmediği hususu soruşturmanın konusu bağlamında değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK UCM HAKKINDA

UCM'nin kurucu statüsü niteliğindeki Roma Statüsü 17 Temmuz 1998 tarihinde Roma'da Tam Yetkili Temsilcilerden Oluşan Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı'nda kabul edilmiştir¹. Söz konusu statü 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiştir. Mahkeme'nin kuruluş amacı uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren ve statüde belirlenen birtakım suçların yargılanmasını sağlamaktır². Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak daimi bir Mahkeme özelliğini gösteren Mahkeme bu yönleriyle kendisinden önce belirli yargılamaları yapmak üzere *ad hoc* olarak kurulan diğer uluslararası ceza Mahkemelerinden ayrılmaktadır³. Statü *jus cogens* nitelikteki bazı suçlar bakımından, eğer ulusal Mahkemeler yargılama yapmaktan kaçınıyor ya da yargılama yapabilecek durumda değilse, yargılama yapılabilmesini sağlayacak kalıcı bir Mahkeme kurulmasını amaçlamaktadır⁴. Bu bağlamda kalıcı nitelik gösteren bu Mahkemede, gerçek kişilerin yargılanmasının sağlanması amaçlamakla birlikte, Mahkemenin yargı yetkisinin tamamlayıcı nitelikte olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. Bu hususlar Statü'nün ilk maddesinde açıkça vurgulanmaktadır⁵

Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabilmesini sağlayacak bir soruşturmanın başlatılabilmesi için ön gereklilikler Statü m. 13'te yer almaktadır. Bir soruşturmanın başlatılabilmesi için kullanılacak olan bu usullere tetikleme mekanizmaları adı verilmektedir. Bu bakımdan Savcılık Ofisi⁶ tarafından bir soruşturma başlatılabilmesi

¹ Son derece kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeleri ile dikkat çeken Statü toplam 128 maddeden oluşmaktadır. Statüde Mahkemenin yargılama yetkisi, yapısı ve işleyişine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bkz: Roma Statüsü (www.icc-cpi.int 2024) <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> Erişim tarihi 01.12.2023; Ayrıca bkz: Murat Önok Tarihi Perspektifile Uluslararası Ceza Divanı (1. Bası Turhan Kitabevi 2003) 37-49; Muratcan Gökdemir Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Soruşturma Usulü (1. Baskı Oniki Levha Yayıncılık 2018) 72-78

² Daimi bir uluslararası ceza Mahkemesinin kuruluşuna ilişkin gerekçeler caydırıcılık, dokunulmazlık kültürüne son verilmesi, kefaret, cinsiyet adaleti, hakikatin araştırılması, norm koyma ve uzlaşma (özellikle ulusal silahlı çatışmalar bakımından) olarak özetlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Saqib Jawad 'Objectives of International Criminal Law and Jurisdiction of ICC' (2015) 3 (3) Journal of Sociology and Anthropology 163, 165

³ Nuremberg ve Tokyo askeri ceza Mahkemeleri hakkında bkz: Antonio Cassese 'From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume II (Oxford University Press 2002) 3ff; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok Uluslararası Ceza Hukuku (7 Bası Seçkin 2023) 325 ff; Hakan Karakehya 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk' (2008) 57 (2) AÜHFHD 133, 133-163

⁴ Andrew Novak The International Criminal Court (1. Bası Springer 2015) 42; Yasin Poyraz, Ömer Vehip Önen 'Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü' (2019) 4 (1) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi 187, 194-199; Önok (n 1) 277-280

⁵ ICC <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim tarihi 01.12.2023

⁶ Savcılık Ofisinin yapısı ve işleyişi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: John R. W. D. Jones 'The Office of the Prosecutor' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 269 ff



için söz konusu bu tetikleme mekanizmalarından birinin kullanılması zorunludur⁷. Buna göre şu üç durumda yargı yetkisinin kullanılması mümkündür⁸: İlk olarak Roma Statüsü'ne taraf devletlerden biri, Mahkeme savcısına, BM Sözleşmesi m. 14 gereğince belirli bir suçun işlendiğine dair bir başvuru yapabilir⁹. İkinci olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) Mahkeme savcısına, BM Sözleşmesi'nin 7. bölümü kapsamında olan bir suçun işlendiğine dair bir dava sunabilir¹⁰. Son olarak ise Mahkeme savcısı, 15. Madde gereğince yargı yetkisi alanına girdiğini düşündüğü bir suç konusunda kendiliğinden bir soruşturma başlatabilir (savcının *proprio motu* soruşturma yetkisi)¹¹.

Soruşturmanın amacı delil elde etmektir. Bu aşamada savcının görevi sanığın hem lehine hem de aleyhine delilleri toplamak ve Roma Statüsü kapsamında bir suç işlenip işlenmediğini tespit etmeye çalışmaktır. Buradaki delil elde etme eşiği suçun var olup olmadığının tespitine ilişkindir. Bu aşamada mahkumiyete yetecek ağırlıkta bir delile gerek bulunmadığı belirtilmektedir¹². Ancak Roma Statüsünde bu husus muğlaktır. Bunlar yanında UCM tarafından şimdiye kadar gerçekleştirilen pek çok soruşturmanın çok uzun sürdüğü görülmekte ve bu durum eleştirilmektedir¹³.

A. Mahkemenin Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisi hem hukuki hem de politik açılardan Statü'nün en karmaşık yönlerinden biri olarak nitelendirilmektedir¹⁴. Mahkeme tara-

⁷ Gökdemir (n1) 129

⁸ Tezcan, Erdem and Önok (n 3) 387 ff; Gökdemir (n1) 130; Jawad (n 2)168-169

⁹ Bu yöntem taraf devlet başvurusu ya da taraf devlet bildirim olarak isimlendirildiği görülmektedir. Bkz: Gökdemir (n1) 133-141;Tezcan, Erdem and Önok (n 3) 389; Bu yöntemin Statü'nün hazırlanması sırasında soruşturma başlatılabilmesi için kullanılacak yöntemlerden en az tercih edilen olduğu düşünülse de, sonradan bu yöntemin m. 13 kapsamında soruşturma başlatma yöntemleri içinde en sık kullanılanı olduğu tespit edilmiştir. Ancak bu yöntem kapsamında yapılan başvurularda başvuran devletin kendi vatandaşlarının yargılanmasını talep etmesi söz konusu olmamıştır. Bu bağlamda yöntemin arzu edilen şekilde çalışmadığını belirtmek gerekmektedir. R. Udaya, Anushka Mishra Nayak 'The Triggering Mechanism of the International Criminal Court' (2021) 4 (3) International Journal of Law Management & Humanities, 507, 513

¹⁰ Bu yöntem BM Güvenlik Konseyi Başvurusu veya Bildirimi olarak isimlendirilmektedir. Bkz: Gökdemir (n1) 142; Tezcan, Erdem and Önok (n 3) 390; bu yöntemde BM Güvenlik Konseyi'nin konu ile ilgili bir karar alması ve bu kararın Mahkeme'ye sunulması gerekmektedir. Örnek olarak Konsey "Darfur'daki Durum" ile ilgili böyle bir karar alarak Mahkemeye göndermiştir. Udaya, Nayak (n 9) 5015-516.

¹¹ ICC <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim tarihi 04.12.2023; savcının re'sen harekete geçme yetkisi olarak da isimlendirilmektedir. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 3) 393; Ayrıca bkz. Udaya, Nayak, (n 9) 5007-5038; Gökdemir (n1) 166 ff

¹² Alex Whiting 'Dynamic Investigative Practice at the International Criminal Court'(2013) 76 (3-4) Law and Contemporary Problems 163, 170

¹³ Stephen Eliot Smith 'Is the International Criminal Court Dying? And Examination of Symptoms' (2022) 23 Pregon Review of International Law 73, 73

¹⁴ Seada Hussein Adem Palestine and the International Criminal Court (Springer 2019) 84

findan bir soruşturma başlatılabilmesi için Mahkemenin dört yönden yetkili olması gerekmektedir. İlk yetki Mahkemenin konu yönünden yetkisidir (*ratione materiae*). İkincisi Mahkemenin kişi yönünden (*ratione personae*), üçüncüsü ise yer yönünden yetkisini (*ratione loci*) ifade eder. Mahkemenin kişi ve yer yönünden yetkisi durum üzerindeki yetkisi olarak da ifade edilmektedir. Dördüncüsü ise Mahkemenin zaman yönünden yetkisi (*ratione temporis*) olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵.

1. Mahkemenin Konu Yönünden Yetkisi (*ratione materiae*)

Mahkemenin konu yönünden yetkisi hangi suçlar bakımından yargılama yapılabileceğini ifade etmektedir. Mahkemenin konu yönünden yetkisi Statü m. 5'te düzenlenmektedir¹⁶. Bu bağlamda Mahkemenin, Statü'de yer verilen dört suç bakımından¹⁷ yetkili olduğunu söylemek mümkündür¹⁸. Bunlar soykırım¹⁹, insanlığa karşı suçlar²⁰, savaş suçları²¹ ve saldırı suçudur²². Söz konusu bu suçlar Statü m. 5'te "uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçlar" olarak nitelendirilmektedir.

Statü m. 6 soykırım suçunu; m. 7 insanlığa karşı suçları, m. 8 savaş suçlarını, 11 Temmuz 2010 yılında Statü'ye sonradan eklenen m. 8 *bis* ise saldırı suçunu düzenlemektedir.

¹⁵ Novak (n 4) 43; Rod Rastan 'Situation and Case: Defining the Parameters' ,in: Eds. Carsten Stahn, Mmohamed M. El Zeidy The International Criminal Court and Complementarity (Cambridge University Press 2014) 421, 423

¹⁶ Rastan Situation and case (n 15) 423; Adem (n 14) 88

¹⁷ ICC <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim tarihi 01.12.2023; Jawad (n 2) 168

¹⁸ Statü'nün hazırlanması sırasında terör suçlarının, uyuşturucu kaçaklığı suçlarının ya da çok uluslu şirketler tarafından gerçekleştirilen ekonomik suçların da Mahkemenin yargı yetkisine girmesi yönünde bazı girişimler olmuşsa da, Mahkemenin kuruluş amacı yargılama yapılmasından kaçınılması mümkün veya yargılanmasının zor olduğu devlet başkanları gibi kimseleri yargılamak olarak belirlendiğinden bu suçlar Statü kapsamına alınmamıştır. Bkz. Novak (n 4) 40; örneğin Türkiye de terör ve uyuşturucu madde suçlarının kapsama alınması için çaba göstermiştir. bkz: Ali Emrah Bozbayındır Turkey and the International Criminal Court (Nomos 2013), 23-24

¹⁹ Antonio Cassese 'Genocide' John R. W. D. Jones 'The Office of the Prosecutor' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 335 ff

²⁰ Antonio Cassese 'Crimes Against Humanity' John R. W. D. Jones 'The Office of the Prosecutor' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 353 ff

²¹ Michael Bothe 'War Crimes' John R. W. D. Jones 'The Office of the Prosecutor' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 379 ff

²² Statü'de yer alan bu suçların yanısıra Mahkemenin usulüne ilişkin olan suçlar bakımından da yetkisi kabul edilmektedir. Bu ikinci suçlar Mahkemeye hakaret, yalan tanıklık, sahte delil sunulması, tanık tahriyatı, tanıklara rüşvet verilmesi ya da Mahkemeye karşı kıskırtılması vb. suçlardır. Bkz: Novak (n 4) 43



2. Mahkemenin Durum (Kişi ve Yer) Yönünden Yetkisi (*ratione personae* ve *ratione loci*)

Mahkemenin kişi yönünden yetkisi Mahkemenin yargılama yetkisine sahip olduğu kişileri ifade etmektedir. Mahkemenin kişi yönünden yetkisine ilişkin Statü'de yer alan düzenlemeler m. 12 ve m. 26'dır²³. Mahkeme'nin kuruluş amacına ilişkin tartışmalarda da belirtildiği üzere esasen devlet başkanları ya da üst düzey kamu yöneticileri gibi kişilerin yargılanmasının sağlanması Mahkemenin öncelikli amaçları arasındadır²⁴. Ancak Roma Statüsü Mahkemenin kişi yönünden yargılama yetkisini yalnızca devlet başkanları veya üst düzey kamu yöneticileri ile sınırlandırmamaktadır. Bunun dışında aynı zamanda, üstün yönlendirme ve komuta kontrolü de dahil olmak üzere, başkalarına suç işleme emri vermenin kovuşturulmasına da izin verir; başkalarının suç işlemesine yardım ve yataklık etmek ve diğer failerle ortak amaç doğrultusunda hareket etmek de cezalandırılmaktadır. Statü her ne kadar suç işlemek için anlaşmayı özel olarak yasaklamasa da üstleri astlarının eylemlerinden sorumlu tutacak ve birlikte çalışan birden fazla suçluya ulaşmak için ortak amaç sağlayacak şekilde komuta sorumluluğuna ilişkin geniş tanımları benimsemektedir²⁵. Dolayısıyla astların işledikleri suçlardan dolayı üstlerin de sorumlu tutulabilmeleri rejimi kabul edilmiştir. Eğer üst Statü'de yer alan suçların işlendiğini biliyor ya da bilebilecek durumda ise ve buna rağmen bunların işlenmesini önleyecek tedbirleri almamış ise, bu suçlardan dolayı sorumlu tutulacaktır²⁶. Bu şekildeki iştirak hallerinin yanında Statü'de ayrıca ortak bir amaçla hareket etme de bir iştirak türü olarak kabul edilmiştir²⁷. Statü kapsamında egemen dokunulmazlık (sovereign immunity)²⁸ kabul edilmediğinden kişi yönünden yargı yetkisi, resmi sıfatlarıyla hareket eden hükümet görevlilerini de kapsayacak şekilde genişletilebilmektedir. Bunlarla birlikte Statü'de suça katılan birden fazla kişinin bireysel ceza sorumluluğunun belirlenmesi noktasında yer verilen sorumluluk türlerine ilişkin açıklayıcı bilgilerin yer almaması, verilecek olan cezalarda kişilerin nasıl cezalandırılması gerektiği hususunda doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Buna göre bir kısım görüşler ikilik sisteminin kabul edilmesi gerektiğini ve fail ile şerikler arasında ceza sorumluluğu bakımından fark gözetilmesinin uygun olacağını ileri sürerken; diğer bir kısım ise Statü'de yer alan düzenlemenin buna uygun olmadığını ve dolayısıyla suça katılan

²³ Rastan Situation and case (n 15) 423; Adem (n 14) 90

²⁴ Johan D van der Vyver 'Personal and Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court' (2000) 14 (1) *Emory International Law Review*, 1, 1

²⁵ Novak (n 4) 44

²⁶ Novak (n 4) 49

²⁷ Elif Gökşen Uluslararası Ceza Hukukunda Bireysel Ceza Sorumluluğu (1. Bası Seçkin 2024) 129

²⁸ Devlet başkanları, diplomatlar yabancı bakanlar ya da bunlar gibi yüksek devlet görevlilerinin yabancı devletlerde buldukları sırada yargı bağımsızlıkları bulunmasına egemenlik dokunulmazlığı adı verilmektedir. Bu dokunulmazlık kişinin makamı nedeniyle ortaya çıktığından, dokunulmazlığa sahip olan kişinin resmi görevi sona erdiğinde ortadan kalkmaktadır. İşte Roma Statüsü, statüde yer alan suçlar bakımından bu dokunulmazlığı kabul etmemektedir. Novak (n 4) 49

her kişinin iştirak türü göz önünde bulundurulmaksızın cezanın suçun ağırlığı ve bireysel koşullar değerlendirilerek saptanması gerektiğini belirtmişlerdir²⁹. Dikkat edilmelidir ki Statü kapsamında devletler değil ancak gerçek kişiler üzerinde bir yargılama yetkisi kullanılmaktadır³⁰.

Mahkemenin tüzel kişiler³¹, cezai ehliyeti bulunmayan kişiler veya suçun işlendiği tarihte 18 yaşını doldurmamış kişiler üzerinde ise kişi yönünden yargı yetkisi bulunmamaktadır³².

Mahkeme tarafından yargılama yapılabilmesi için sanık hakkında Mahkemenin yargı yetkisi olması gerekmektedir. Buna göre Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılanabilmek için sanığın ya Roma Statüsü'nü kabul etmiş devletlerden birinin vatandaşı olması ya da iddia edilen suçları Statü'yü kabul etmiş olan devletlerden birinin topraklarında işlemiş olması gerekmektedir. Ancak bununla birlikte istisnai olarak, BMGK kararı ile Statü'ye taraf olmayan bir devlet Mahkemeye bildirebilir. Bu durumda sanık bu bildirilen devletin vatandaşı ise ya da sanık iddia olunan suçları bildirilen devlet topraklarında işlemiş ise Mahkemenin yargı yetkisi kabul edilir³³.

Mahkemenin yer yönünden yetkisi Statü m. 12 ve 13(b)'de düzenlenmektedir³⁴. Buna göre Mahkemenin yer yönünden yargı yetkisi taraf devletlerin toprakları ya da 12 (3) uyarınca *ad hoc* olarak Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devlet topraklarıdır. Bunun yanında bu yer yönünden yetki BM Güvenlik Konseyi'nin Statü m. 13 (b) uyarınca bir durumu bildirmesi haline münhasır olarak, herhangi bir BM üyesi devletin toprakları da olabilecektir³⁵. Bunlar yanında hakkında suç isnat edilen kişinin taraf devlet vatandaşı olması halinde, bu kişinin taraf olmayan bir devlet toprakları üzerinde yargı yetkisine giren suçları işlemiş olması Mahkemenin taraf olmayan devlet toprakları üzerinde yer yönünden yargı yetkisine sahip olmasını sağlamaktadır³⁶.

3. Mahkemenin Zaman Yönünden Yetkisi (*ratione temporis*)

Statü m. 11 Mahkemenin zaman yönünden yetkisine ilişkin hükmü içermektedir. Statü m. 11(1) statüde yer alan suçların zamansal olarak uygulanmasına yönelik kesin bir sınır çizmektedir³⁷. Buna göre Mahkeme'nin zaman yönünden yetkisi

²⁹ Bu hususa ilişkin detaylı bilgi ve UCM'nin yaklaşımı için bkz Gökşen (n 27) 128,142

³⁰ Micaela Frulli 'Jurisdiction *ratione personae*' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 532; Gökşen (n 27) 129

³¹ Frulli (n 30) 532; van der Vyver (n 24) 12

³² Frulli (n 30) 534; van der Vyver (n 24) 18 ff; Adem (n 14) 90

³³ Bkz. Novak (n 4) 2

³⁴ van der Vyver (n 24) 60 ff; Rastan Situation and case (n 15) 423; Adem (n 14) 84

³⁵ van der Vyver (n 24) 60 ff; Rastan Situation and case (n 15) 426

³⁶ Frulli (n 30) 535

³⁷ David J. Scheffer 'How to Turn the Tide Using the Rome Statute's Temporal Jurisdiction' (2004)



Statü'nün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlamaktadır. Bu tarih ise 1 Temmuz 2002 tarihidir³⁸. Statü'ye 1 Temmuz 2002 tarihinden sonra taraf olan devletler bakımından ise 2. paragraf, yargı yetkisinin taraf olan devletin kabul tarihi itibarıyla başladığını açıklamaktadır. Bu tarih ise kabul, imza, uygun bulma ya da taraf olma yönündeki iradenin açıklanmasına ilişkin belgenin sunulması tarihinden sonraki 60. Günden sonraki ayın ilk günü olarak belirlenmiştir³⁹.

Bunlar yanında belirtmek gerekir ki hem Statü'ye taraf olan hem de taraf olmayan devletler bakımından m. 12(3) uyarınca Mahkemenin yargı yetkisinin geçmişe etkili olarak kabul edildiğinin açıklanması da mümkündür. Ancak her halde geriye doğru tanıma 1 Temmuz 2002'den geriye gidemeyecektir. Buna göre Mahkeme'nin zaman yönünden yargı yetkisi, Statü'nün yürürlüğe girdiği tarihten sonraki suçları kapsamaktadır. Bir Devletin bu Statü yürürlüğe girdikten sonra taraf olması halinde, Mahkeme yargı yetkisini yalnızca Statü'nün söz konusu Devlet açısından yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlarla ilgili olarak, söz konusu Devlet m. 12 (3) uyarınca bir beyanda bulunduğu kullanabilecektir⁴⁰.

II. FİLİSTİN DEVLETİ VE UCM ARASINDAKİ İLİŞKİ

Filistin Devleti'nin UCM ile ilişkisi Mahkeme faaliyete geçtikten birkaç yıl sonra başlamıştır⁴¹. Filistin'in statüye taraf olma noktasında doğrudan bir işlem yapamamasının asıl nedeni Filistin'in Devlet statüsüne ilişkin tartışmalardır. 22 Ocak 2009 yılında⁴² dönemin Filistin Adalet Bakanı Statü'nün 12(3)⁴³ maddesi uyarınca Filistin Devleti'nin Mahkemenin *ad hoc* yargılama yetkisi tanıdığını bildirmiştir. Yargılama yetkisini tanıyan bu beyan 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren Filistin topraklarında işlenen suçları kapsamaktaydı. Bu beyandan üç yıl sonra 3

2 (1) Journal of International Criminal Justice, 26, 28 ff; Rod Rastan, Mohamed Elewa Badar 'Article 11 Jurisdiction *ratione temporis*' in: Triffterer, Ambos (ed) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, (Verlag C.H. Beck Ohg, 2016) 657; Jawad (n 2)166

³⁸ Rastan, Badar (n 37) 662

³⁹ Stephane Bourgon 'Jurisdiction *ratione temporis*' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 543-544; Mütemadi suçlar ile ilgili yaklaşım için bkz: Rastan, Badar (n 37) 663 ff; Adem (n 14) 87-88

⁴⁰ Gökdemir (n1) 188; Rastan, Badar (n 37) 670

⁴¹ Filistin Devleti topraklarının İsrail tarafından işgal edilmesinin ardından, İsrail tarafından Filistin Devleti'nin işgal edilmiş toprakları üzerinde yürütülen birçok askeri operasyon bulunmaktadır. Bu çok sayıda operasyonun şu ana kadar en çok sivil ölümlüne yol açanları 2004, 2006, 2009 ve 2014 yıllarında gerçekleşmiştir. Bkz: Adem (n 14) 35

⁴² Bu bildiriye çok sayıda sivilin ölümüne neden olan İsrail'in 2009 yılındaki askeri operasyonu sonrası yapılmıştır. *Ibid* 50

⁴³ Statü'nün bu maddesi taraf olmayan devletlere, Statü'ye taraf olmaya gerek kalmaksızın Mahkemeye bir yargı yetkisi tanınmasını içeren bir başvuru yapma imkanı sunmaktadır. Ancak bu madde kapsamında yapılan bu başvurular otomatik olarak bir soruşturma başlatılmasını sağlamaz. Bkz: *Ibid* 50; Novak (n 4) 105

Nisan 2012’de Savcılık Ofisi Filistin’in Birleşmiş Milletler nezdinde “üye olmayan devlet” değil, halen “gözlemci” statüsünde olduğunu⁴⁴; Birleşmiş Milletler Filistin’i devlet olarak tanımadığı için de Filistin’in m. 12(3) beyanında bulunamayacağı sonucuna varmıştır⁴⁵. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun Kasım 2012’de Filistin’i üye olmayan gözlemci devlet olarak kabul etmesinin ardından ise, 31 Aralık 2014 tarihinde Filistin yine *ad hoc* bir deklarasyon ile Mahkemenin yargı yetkisini İşgal Altındaki Filistin Toprakları (Gazze, Batı Şeria ve Doğu Kudüs)⁴⁶ bakımından 13 Haziran 2014 tarihinden itibaren tanıdığını bildirmiştir⁴⁷. Bu bildirim sonrasında Filistin açısından Roma Statüsü’ne taraf olma işlemleri 1 Nisan 2015 tarihinde tamamlanmıştır.

Bu ikinci *ad hoc* bildirim sonrası savcı, “Filistin Devleti’ndeki Durum” ile ilgili bir ön araştırma başlatmıştır⁴⁸. Söz konusu ön araştırma faaliyetinde duruma ilişkin bir soruşturma açılması için gerekli olan kriterlerin karşılanıp karşılanmadığının araştırılması söz konusudur. Bu kriterler ise Mahkemenin yargı yetkisi, kabul edilebilirlik ve adaletin gereklilikleri olarak belirlenmektedir⁴⁹. 16 Ocak 2014 tarihinde başlatılan bu ön araştırma 13 Haziran 2014 ve sonrasındaki işlendiği iddia edilen suçları kapsamaktadır. Bu başvuru kapsamında yargılanması talep edilen suçlara ilişkin Filistin Devleti tarafından 13 Haziran 2014 tarihi başlangıç tarihi olarak belirtilmekle birlikte bir bitiş tarihi olmadığı görülmektedir. Söz konusu ön araştırma faaliyeti 20 Aralık 2019’da sona ermiştir. Dönemin Savcısı Fatou Bensouda, “Ofisine sunulan tüm güvenilir bilgilerin kapsamlı, bağımsız ve objektif bir değerlendirilmesi” nin ardından, “Filistin Devleti’ndeki Durum”a ilişkin ön incelemenin, 53(1) maddesi kapsamındaki tüm yasal kriterlerin yerine getirildiği tespitiyle sonuçlandığını ilan etmiştir⁵⁰. Dönemin Savcısı yaptığı açıklamada Doğu Kudüs

⁴⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 29 Kasım 2012’de 67/19 numaralı kararla Filistin’in “üye olmayan gözlemci devlet statüsünü kabul etmiştir.

⁴⁵ Bununla birlikte Savcılık Ofisi m. 12(3)’ün geçmişe yönelik olarak uygulanıp uygulanamayacağına açık olmadığını zira bu başvuruda mütemadi bir suçun işlendiği iddiasının bulunduğunu, bu suçun ise Roma Statü’nün kabulünden önce işlenmeye başladığını ifade etmiştir. Adem (n 14) 54; Novak (n 4) 105

⁴⁶ Bu bakımdan Mahkeme’nin yer yönünden yargı yetkisinin kabul edilmesi için bu yerlerin işgal altında olması, ya da herhangi bir başka sebeple taraf devlet ya da m. 12/3 uyarınca Mahkeme’nin yetkisini kabul eden taraf olmayan devlet tarafından etkin denetim altında tutulmaması önem arz etmektedir. Bkz. Gökdemir (n1) 200

⁴⁷ Adem (n 14) 80; ayrıca ICC <<https://www.icc-cpi.int/news/palestine-declares-acceptance-icc-jurisdiction-13-june-2014>> Erişim tarihi 01.12.2023

⁴⁸ Adem (n 14) 79.

⁴⁹ Kai Ambos, Ignaz Stegmiller ‘Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?’ (2013) 59 Crime Law Social Change, 415, 419; Rod Rastan ‘What is a Case for the Purpose of the Rome Statute?’ (2008) 19 Criminal Law Forum, 435, 437-438; Ayrıca bkz: ICC, <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> Erişim tarihi 26.12.2023

⁵⁰ Fatou Bensouda ‘Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court’s



dahil Batı Şeria ve Gazze Şeridi'nde **savaş suçlarının** işlendiğine veya işlenmekte olduğuna inanmak için makul bir temelin mevcut olması; durumdan kaynaklanan potansiyel davaların kabul edilebilir olması ve bir soruşturma başlatılmasının adaletin çıkarlarına hizmet etmeyeceğine inanmak için önemli nedenlerin bulunmaması gerekçelerine dayanarak "Filistin Devleti'ndeki Durum" ile ilgili bir soruşturmanın başlatılabileceğini duyurdu⁵¹. Savcı söz konusu açıklamasında Filistin'in başvurusu sonrası her ne kadar doğrudan soruşturma başlatma yetkisi olsa da, bunu tercih etmediğini, nitekim Mahkemenin söz konusu başvuru bakımından yargı yetkisinin olup olmadığını tespitine ilişkin sorunun öncelikli olarak çözümünün gerektiğini belirtmiştir. Buna göre savcı, I. Ön Dava Dairesi 'in Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin bir karar vermesini talep ettiğini ve soruşturma başlatılmasının bu karar sonrasında mümkün olup olmayacağına karar vermiştir. 5 Şubat 2021 tarihinde savcılık ofisi tarafından yürütülen ön araştırma faaliyeti, Mahkeme'nin I. Ön Dava Dairesi'nin Batı Şeria, Gazze ve Doğu Kudüs'ü de kapsayacak şekilde yargı yetkisini kabul etmesi üzerine bir soruşturma başlatılmasına karar verilerek sonlanmıştır⁵². Oy çokluğu ile verilen bu karar ile I. Ön Dava Dairesi o dönemki UCM Savcısı Fatou Bensouda'ya Mahkemenin Filistin Devletindeki durum üzerindeki yargı yetkisini kabul ettiğini bildirmiştir⁵³. Karar işgal altındaki Filistin toprakları bakımından Mahkeme'nin Roma Statüsündeki ceza yargılamasına ilişkin yetkisini, Filistin'in soruşturma yürütülecek olan bu topraklarda egemen bir güç olup olmadığı meselesinden bağımsız olarak, kabul etmiştir⁵⁴. Böylelikle Daire Savcınının 13 Haziran 2014 tarihinden itibaren işgal edilmiş Filistin topraklarında bir soruşturma

territorial jurisdiction" <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-palestine>> Erişim tarihi 01.12.2023 par.1

⁵¹ *Ibid* para 2 ff

⁵² ICC, <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>> Erişim tarihi 01.12.2023; Ön Dava Dairesinin kararı Filistin'in Roma Statüsü'ne taraf olan bir devlet olduğunu; m. 12(2)'de yer alan bildirim yetkisine sahip olduğunu; Mahkemenin yargı yetkisinin Filistin'in işgal altındaki toprakları Batı Şeria, Gazze ve Doğu Kudüs'ü kapsadığını ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir. Bkz: Michelle Staggs Kelsall 'Between false messiah and symbolic politics: The International Criminal Court and the 'Situation in the State of Palestine' (2022) 23, Palestinian Yearbook of International Law 156, 157; Sajjad Abbassi 'The Decision of the International Criminal Court in the Palestine Situation: A beginning in the Prevention of Impunity for Israeli Crimes' (2023) 4 (1) The Iranian Review for UN Studies 23, 30

⁵³ Statü m. 19/3 uyarınca savcı Mahkemeden yargılama yetkisi ve kabul edilebilirliğe ilişkin bir karar vermesini talep edebilmektedir. Filistin bakımından da savcı, ön dava dairesinden işgal altındaki Filistin topraklarında bir soruşturma yürütülmesinin kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin bir karar vermesini talep etmiştir. Verilen karardan sonra açılan soruşturmada Filistin'in devlet durumunun kabulünün yalnızca Statü'nün uygulanması amacına yönelik olduğu vurgulanmıştır. ICC <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>> Erişim tarihi 01.12.2023

⁵⁴ ICC <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>> Erişim tarihi 01.12.2023, yine de aynı kararda soruşturma yürütülmesine ilişkin olarak verilen bu kararın yargılama yetkisi bakımından bir etki doğurmayacağı ve bunun ileride ayrıca tartışılacağına da altı çizilmiştir. ICC <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>> Erişim tarihi 01.12.2023; Ayrıca bkz. Kelsall (n 52) 156 ff

yürütmeye ilişkin kararını kabul etmiş olmaktadır. Soruşturmaya konu edilen “Filistin Devleti’ndeki Durum” *“uluslararası hukukun Filistin halkının acılarına ve Filistin’in varoluş krizine dair karmaşıklığının reddinin süregelen bir hatırlatıcısı”* olarak yorumlanmaktadır⁵⁵.

III. İSRAİL DEVLETİ VE UCM ARASINDAKİ İLİŞKİ

İsrail Devleti, her ne kadar daha sonradan Roma Statüsü’ne karşı oy kullanmış olsa da, Roma Konferansı’na katılarak Mahkemenin kurulması çalışmalarında aktif görev almış bir ülkedir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri gibi, İsrail de 31 Aralık 2000’de imzaladığı sözleşmeden daha sonra imzasını çekmiştir. İsrail’in Statü bakımından temel karşı çıkış gerekçesi, İsrail Devleti’nin işgal edilmiş Filistin topraklarında gerçekleştirdiği “yerleşimci” faaliyetlerinin Statü’de savaş suçu olarak tanımlanmasıdır. Nitekim Roma Statüsü savaş suçları arasında bir devletin işgal ettiği topraklara kendi sivil nüfusunu yerleşirmesi de bulunmaktadır⁵⁶.

İsrail sözleşmeden çekildikten sonra Mahkemenin İsrail’in “yerleşimci” politikası bakımından yargılama yetkisi ortadan kalkmıştır. Her ne kadar İsrail Hükümeti’nde çifte vatandaşlık sahibi ya da Roma Statüsü’ne taraf olan devlet vatandaşları olsa ve böylece bu durum Mahkeme’nin yargı yetkisine girse de, bu kişisel yargı yetkisi kaynağı “marjinal” görülmüştür. Ancak Mahkeme Filistin’i Roma Statüsü’ne taraf olabilecek yeterlilikte ve İsrail’den ayrı bağımsız bir devlet olarak kabul ettiğinden, İsrail’in özellikle 1 Temmuz 2002’den itibaren gerçekleştirdiği ve Statü kapsamına giren fiilleri bakımından son derece savunmasız olacağı yorumu yapılmaktadır⁵⁷. Ancak bu yorum Mahkemenin Filistin üzerinden başlatılan soruşturmayı 13 Haziran 2014 tarihinden sonrası ile sınırlandırdığından yerinde değildir.

Bunlarla birlikte İsrail Devleti Mahkemenin “Filistin Devleti’ndeki Durum” hakkında soruşturma yetkisi olmadığına ilişkin açıklama yapmaktadır⁵⁸. Bu açıklamanın temeli UCM’nin yargı yetkisinin özüne ilişkin tartışmalara dayanmaktadır. Nitekim UCM’nin yargı yetkisini bir devletin “devredilen yargı yetkisi” olarak ele alındığında, bir devletin kendisinin yürütme yetkisinin olmadığı bir yargılamanın UCM tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda Filistin Devleti’nin İsrail vatandaşlarını yargılama yetkisi olmadığından, UCM’nin de yargı yetkisi olmayacağı öne sürülmektedir⁵⁹. Bu bağlamda İsrail’in Filistin Devleti’ndeki Durum soruşturması bakımından işbirliği yapma eğiliminde olmadığı kanaatine varılabilir.

⁵⁵ Kelsall (n 52) 158

⁵⁶ Novak (n 4) 104

⁵⁷ *Ibid* 105

⁵⁸ ICC <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>> Erişim tarihi 01.12.2023

⁵⁹ Pavel Caban ‘Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court’ (2011) 2 CYIL199, 200



IV. UCM'DE YÜRÜTÜLMEKTE OLAN FİLİSTİN DEVLETİ'NDEKİ DURUM SORUŞTURMASI

A. Soruşturmanın Suçlar ve Kişiler Yönünden Kapsamı

Filistin Devleti'ndeki Duruma ilişkin yürütülen soruşturma Aralık 2023 itibari ile UCM nezdinde yürütülmekte olan on bir soruşturmadan biridir⁶⁰. Şu ana kadar Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturmasına ilişkin olarak Mahkeme tarafından yirmi bir tane "Bilgi ve Gelişim" raporu yayınlanmıştır⁶¹. Öncelikle belirtmek gerekmektedir ki savcılık tarafından yapılan ilk açıklamada şu an yürütülmekte olan soruşturma kapsamında Statü'de düzenlenen bazı **savaş suçlarına** odaklanılmış olduğu görülmektedir. Savcılık ofisi tarafından yapılan değerlendirmede söz konusu bu savaş suçlarının 7 Temmuz ile 26 Ağustos 2014 tarihleri arasında Gazze'de meydana gelen *çatışmalar* sırasında işlendiği hususu üzerinde durulmaktadır⁶². İsrail ve Filistin arasında gerçekleşen olaylar bir çatışma olarak nitelense de, Savcılık tarafından silahlı çatışmanın ulusal ya da uluslararası nitelikte olup olmadığının tespitinin ilk aşamada zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Savcılığın 2014 silahlı çatışmasının olası sınıflandırmalarını ve fail olduğu iddia edilen kişilerin iddia edilen eylemlerinin ilgili olası hukuki niteliklerini dikkate aldığı açıklanmaktadır⁶³.

Soruşturmaya ilişkin ilk değerlendirmede, İsrail vatandaşı olan kişilerin işledikleri iddia edilen suçlar savaş suçları olarak belirtilmekle birlikte savcılık, İsrail Savunma Kuvvetleri (IDF) ve İsraili yetkililer bakımından ayrı değerlendirme yapmaktadır. Öncelikle IDF mensuplarına ilişkin yapılan değerlendirmede, ulusal yargı organları tarafından bu kişiler hakkında bazı soruşturmalar yürütüldüğü ve yargılamalar görüldüğü bilgisi üzerinde durulmaktadır. Bu husus göz önüne alındığında, IDF mensupları tarafından işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili olası davaların kabul edilebilirliğine ilişkin olarak, yürütülen yargılamalarla ilgili olarak erişilebilir bilgilerin sınırlı olması ve diğer iddialarla ilgili olarak devam eden yargılamaların varlığı nedeniyle, Savcılık bu kişilerin durumunu soruşturma kapsamında inceleme altında tutulması gereken bir husus olarak nitelendirmektedir⁶⁴.

⁶⁰ Demokratik Kongo, Sudan, Libya, Myanmar, Fildişi Sahilleri, Mali, Burundi, Afganistan, Filipinler, Venezuela ve Ukrayna hakkında soruşturmalar yürütülmektedir. Bkz: ICC <<https://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations>> Erişim tarihi 26.12.2023

⁶¹ Son rapor 13 Kasım 2023 tarihinde yayımlanmıştır. Söz konusu raporda durumun sert bir şekilde değişmesinden dolayı, Kamusal Bilgi ve Gelişim Bölümü'nün sahada inceleme yapmak üzere iki hibrid bilgilendirme toplantısı hazırlığı, sahadaki durumun sert bir biçimde değişmesi nedeniyle bu toplantıların mümkün ve uygun olmaması nedeniyle yeni aktivite planlarını tekrar ayarlamaya karar vermiştir. Raporların tamamı için bkz: ICC <https://www.icc-cpi.int/case-records?f%5B0%-5D=c_sit_code%3A1164&page=0> Erişim tarihi 26.12.2023

⁶² Bensouda (n 50) par. 2 ff

⁶³ *Ibid* par. 2 ff

⁶⁴ *Ibid*

Buna ek olarak, İsrail'in Doğu Kudüs de dahil olmak üzere Batı Şeria'yı işgali bağlamında İsraili yetkililerin savaş suçları işlediğine inanmak için makul bir temel olduğu saptanmaktadır⁶⁵.

Özellikle, Savcının m.19(3) uyarınca Mahkeme'nin Filistin'deki bölgesel yargı yetkisine ilişkin karar talebinde belirtildiği üzere, Savcılık Ofisi, 2014'teki çatışmalar bağlamında, IDF mensuplarının Gazze'de savaş suçlarını işlediğine ilişkin şüphe bulunduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre Savcılık Ofisi'nin odaklandığı **en az üç olayla ilgili olarak** kasıtlı olarak orantısız saldırılar düzenlemek (m. 8(2)(b)(iv)); kasten öldürme ve vücuda veya sağlığa kasten ciddi zarar verme (m. 8(2)(a)(i) ve 8(2)(a)(iii) veya m. 8(2)(c)(i)); ve Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici amblemlelerini kullanan nesnelere veya kişilere karşı kasıtlı olarak saldırı yönlendirmek (m. 8(2)(b)(xxiv) veya 8(2)(e)(ii)) suçları bakımından inceleme yapılmaktadır.

İsraili yetkililerin gerçekleştirmiş oldukları suçlar ise şu şekilde belirlenmektedir: İsraili yetkililer, **diğerlerinin yanı sıra**, 13 Haziran 2014'ten bu yana İsraili sivilinlerin Batı Şeria'ya nakledilmesiyle ilgili olarak 8(2)(b)(viii) maddesi uyarınca savaş suçları işlemişlerdir. Ofis, olası vakaların muhtemel olduğu sonucuna varmıştır. Bu iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmada kaynaklanan suçlar, Statü'nün 17(1)(a)-(d) maddesi uyarınca kabul edilebilir olacaktır⁶⁶. Savcılık ayrıca, durumun kapsamının, Mart 2018'de Gazze Şeridi ile Gazze Şeridi arasındaki sınır çiti yakınında başlayan gösterilere katılan kişilere karşı IDF üyelerinin ölümcül olmayan ve öldürücü yöntemler kullanmasına ilişkin olarak işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin bir soruşturmayı da kapsadığını değerlendirmektedir⁶⁷.

Yürütülen soruşturmada Filistin vatandaşı kişilerin sorumluluğu da incelenmektedir. Bu bağlamda savcılık ayrıca, Hamas ve Filistinli Silahlı Grup (PAG) üyelerinin de soruşturma kapsamında olduğunu bildirmektedir. Ofis, Hamas üyeleri ve PAG'lar tarafından işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili olası davaların Statü'nün 17(1)(a)-(d) maddesi uyarınca kabul edilebilir olacağı sonucuna varmıştır⁶⁸. Hamas ve PAG üyeleri hakkında soruşturulan suçlar ise şu şekilde sıralanmıştır: sivillere ve sivil nesnelere kasten saldırı düzenlemek (m 8(2)(b); korunan kişileri kalkan olarak kullanmak (m. 8(2)(b)(xxiii)); korunan kişileri kasten adil ve düzenli yargılanma haklarından mahrum bırakmak (m. 8(2)(a)(vi) veya 8(2)(c)(iv)) ve kasten öldürme (m. 8(2)(a)(i)) veya 8(2)(c)(i)); ve işkence veya insanlık dışı muamele (m. 8(2)(a)(ii) veya 8(2)(c)(i)) ve/veya kişisel haysiyete yönelik saldırılar (m. 8(2)(b)(xxi), veya 8(2)(c)(ii)).

B. Soruşturmanın Yer Yönünden Kapsamı

Filistin Devleti'ndeki Durum hakkındaki soruşturma, Mahkeme tarafından Filistin Devleti toprakları olarak kabul edilen Gazze, Batı Şeria ve Doğu Kudüs'te

⁶⁵ *Ibid*

⁶⁶ *Ibid*

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ Bensouda (n 50) par 3



işlenen suçları kapsamaktadır. I. Ön Dava Dairesi tarafından verilen karar uyarınca Mahkemenin söz konusu bu yerlerde gerçekleşen ve Statü kapsamında kalan suçlar bakımından yargılama yetkisi olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla kim tarafından işlendiği önem arz etmeksizin bu yerlerde gerçekleşen suçlar Mahkemenin yargı yetkisi içinde değerlendirilebilecektir.

C. Soruşturmanın Zaman Yönünden Kapsamı

Filistin Devleti'ndeki Durum hakkında savcılık tarafından yürütülen soruşturma – Filistin Devleti'nin ad hoc katılımını açıkladığı tarih olan- 13 Haziran 2014 tarihinden sonra gerçekleştirilen suçları kapsamaktadır. Belirtmek gerekmektedir ki savcılığın açıklamasında soruşturmanın başlamasına ilişkin olarak ortaya konulan bir tarih bulunmasına karşın, soruşturma başlatıldıktan sonra meydana gelen ya da soruşturma tarihinden önce başlayan ve fakat temadi arz eden suçlar açısından ne olacağı muğlak bırakılmıştır. Ancak Roma Statüsü'nün zamansal uygulanmasına ilişkin kurallar uyarınca yapılan bu belirleme özellikle mütemadi suçlar bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorusunu doğurmaktadır. Nitekim zorla kaybetme, çocuk asker kullanma ya da temin etme ya da hukuka aykırı kapatılma gibi suçlar bunlara örnek verilebilir⁷⁰.

V. SORUŞTURMA KONUSU “DURUM” VE DAVA ARASINDAKİ FARK

UCM tarafından yürütülen soruşturmalar belirli bir bölge ya da devletin ismi ile ilişkilendirilmek suretiyle durum olarak adlandırılmaktadır. Örneğin şimdiye kadar yürütülen soruşturmalarda adlandırma Darfur, Sudan Durum Soruşturması, Uganda'daki Durum Soruşturması vb. şeklindedir⁷¹. Durum (*situation*) ve dava (*case*) kavramları UCM Muhakeme ve Delil Statüsü'nde yer alan kavramlar olmakla birlikte, ilgili statü bu kavramları tanımlamamaktadır⁷². Yukarıda belirtilen soruşturma başlatılmasına yönelik yöntemlerden biri uygulandıktan sonra Mahkeme tarafından soruşturma başlatıldığında soruşturmanın konusunu bir durum oluşturmaktadır. Bu anlamda UCM tarafından başlatılan bir soruşturma aslında Mahkeme önüne sunulan bir durumun dış sınırını oluşturmaktadır⁷³. Savcı tarafından yürütülen soruşturma sonrasında görülecek yargılamada ele alınan ise dava olarak adlandırılır. Durum ve dava kavramlarının UCM bakımından ne ifade ettiği meselesi yargılamada ele alınan davanın konu bakımından sınırının çizilmesi noktasında önem arz

⁶⁹ ICC <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>> Erişim tarihi 27.12.2023

⁷⁰ Adem (n 14) 38ff

⁷¹ ICC <<https://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations>> Erişim tarihi 06.02.2024

⁷² Rastan What is a case (n 39) 435

⁷³ Marcus Sjöström, The Initiation of an Investigation Proprio Motu by the Prosecutor of the ICC – A Reasonable Basis to Proceed?(2014) <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:721739/FULLTEXT01.pdf>, (Erişim tarihi 04.12.2023, 9

etmektedir⁷⁴. Nitekim bu noktada soruşturmada ele alınan hususların tamamının mı yargılamaya dahil edileceği; dolayısıyla soruşturma konusu ile dava konusunun aynı mı olduğu; soruşturma konusunu oluşturan durumun ihtiva ettiği olaylardan bazılarının elenmesi gerektiğinde hangi kriterden yararlanılacağı ya da yargılama sırasında soruşturmada zikredilmemiş olayların yargılamaya dahil edilip edilemeyeceği gibi hususlar bu kapsamda ele alınmalıdır.

Öte yandan bir durum ile bir dava arasındaki farkın ne olduğu hususu Ön Dava Dairesi tarafından tanımlanmıştır. Buna göre durum zaman yönünden, yer yönünden ve çoğu zamanda kişi yönünden sınırlanmış olan, Statü’de yer verilen suçların işlendiğine ilişkin bir halin varlığını ortaya koyan ve hakkında soruşturma başlatılan olayları ifade etmektedir⁷⁵. Öte yandan dava ise duruma göre daha dar kapsamlı ve özelleştirilmiş olayları ifade etmektedir. Buna göre dava Mahkemenin yargı yetkisine giren bir ya da birden fazla olayın gerçekleşmiş olabileceği ve bir ya da birden fazla şüphelinin tanımlandığı vakalar olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki Mahkeme tarafından bir durumun soruşturma konusu edilmesi, o durumla ilgili olabilecek her türlü davanın Mahkeme tarafından yargılanacağı anlamına gelmemektedir. Mahkeme elbette ki bir durum içerisinde yer alan en önemli olayları ve sorumluluk bakımından “*en sorumlu*” kişileri⁷⁷ gerçekleştirmiş olan en ciddi suçlardan dolayı dava konusu yapmaktadır⁷⁸. Dolayısıyla Mahkeme önüne getirilen durum bir dava konusuna kaynaklık eder ancak davanın konusu anlamına gelmez. Bu bağlamda Mahkeme bir durum içerisindeki davaları seçerken ağırlık ve hiyerarşik bakımdan üstteki kişilerin yargılama konusu yapılması hususlarını göz önünde bulundurmaktadır⁷⁹.

Durum ve dava arasındaki farkın ortaya konulması, hangi olaylar bakımından Mahkemenin yargı yetkisinin olduğunun tespiti bağlamında önem taşımaktadır. Nitekim Mahkeme önüne getirilen bazı durumlarda şiddetin farklı türlerinin ya da derecelerinin görüldüğü olaylar yaşanmakta, bu durum çok uzun bir zaman dilimine yayılabilmekte, hatta çatışmaların tarafları değişebilmektedir⁸⁰.

Bu noktada bir durum içerisine sonradan dahil olan olayları tek bir durum olarak yorumlamamızı sağlayacak ve böylelikle dava konusu yapılmasını sağlayabilecek

⁷⁴ Gökdemir (n1) 245

⁷⁵ ICC <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr>> Erişim tarihi 17.01.2024; Sjöström (n 73)10 vd; Rastan What is a case (n 39) 436

⁷⁶ ICC <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr>> Erişim tarihi 17.01.2024; Sjöström (n 73)11; Rastan What is a case (n 39) 437

⁷⁷ Ambos, Stegmiller (n 49) 422; Rastan What is a case (n 39) 437-438

⁷⁸ Rod Rastan ‘The Jurisdictional Scope of Situations Before the International Criminal Court’ (2012) 23 Criminal Law Forum 1, 2

⁷⁹ Ambos, Stegmiller (n 49). 423

⁸⁰ Rastan Jurisdictional scope (n 78) 2



hususiyetin ne olacağı meselesi önem taşımaktadır⁸¹. Dolayısıyla soru zamansal olarak soruşturmanın başlamasından sonra gerçekleşen bir olay, ya da soruşturma da ismi zikredilmeyen bir yerde gerçekleşen vakaların soruşturma devam ederken durum kapsamında ele alınmak suretiyle daha sonrasında yargılama konusu edilip edilemeyeceğine ilişkindir.

UCM'nin soruşturma konusu durum ve yargılama konusu olarak dava kavramlarının sınırlarını, konu, kişi ya da yer bakımından yetkisi bağlamında yorumlamasına neden olan birçok dava bulunmaktadır. Mahkeme tarafından sıklıkla tercih edilen bir yöntem olmamakla birlikte yapılan yargılamalarda kullanılan bazı kriterler yolu ile Mahkemenin soruşturma konusunu yargılama aşamasında genişlettiği görülebilmektedir.

VI. FİLİSTİN DEVLETİ'NDEKİ DURUM SORUŞTURMASI BAKIMINDAN DURUM VE DAVA KAVRAMLARININ ÖNEMİ

Filistin Devleti'ndeki Durum Soruşturması bakımından da güncel olarak önem arz eden husus 7 Ekim 2023 tarihinden sonra İsrail Devleti tarafından sistematik bir biçimde işlenmiş olan (ve işlenmeye devam eden) Statü kapsamındaki suçların, bu soruşturma kapsamında kaldığının kabul edilip edilemeyeceğinin tespit edilmesidir. Nitekim 7 Ekim 2023 tarihinden sonra İsrail Devleti tarafından başta soykırım suçu olmak üzere savaş suçları ve insanlığa karşı suçların işlendiği düşünülmektedir. Dolayısıyla Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturmasından kaynaklanan bir yargılama yapılması durumunda dönemin savcısının açıklamasında belirttiği ve 13 Haziran 2014 tarihinden sonra gerçekleşen suçlarla sınırlı bir yargılama yapılması mı söz konusu olacak; yoksa özellikle 7 Ekim 2023 tarihinden sonra işlendiği iddia edilen suçlar bakımından da bir yargılama yapılabilecek midir? Bütün bu gerçekleştirilen suçların Filistin Devleti'ndeki Durum kapsamında sayılması durumunda, yeni bir soruşturma açılmasına gerek kalmaksızın, soruşturmanın tamamlanmasının ve sorumlular hakkında yargılamanın başlamasının söz konusu olması halinde, bu suçlardan sorumlu kişilerin de yargılanması mümkün olabilecektir. Aksi durumda ise işlendiği iddia edilen bütün bu yeni suçlar bakımından farklı bir soruşturma başlatılması gerekecektir.

Bu çerçevede, Mahkeme tarafından bir durumun sınırlarının çizilmesine ilişkin kriterlerin neler olduğunun yürütülmüş yargılamalar göz önünde bulundurularak ortaya konulması gerekmektedir. Bu kriterlerin ortaya konulması yukarıda ortaya konulan soruya cevap verilmesini sağlayacaktır.

VII. MAHKEME İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE SORUŞTURMADAKİ DURUMUN KAPSAMININ GENİŞLETİLDİĞİ YARGILAMALAR

Mahkemenin Demokratik Kongo Cumhuriyetindeki Durum soruşturmasının sona ermesinden sonra yürüttüğü yargılamalardan biri, zaman ve yer olarak farklılık

⁸¹ *Ibid*

arz eden hususlara ilişkin yargılamanın yapılabilmesine imkan vermesi bakımından önem arz etmektedir. Mahkemenin *Mbarushimana* yargılaması, bireysel bir dava ile bir durumun tamamı arasındaki bağı kurduğu ve yargılamasını bu doğrultuda gerçekleştirdiği ilk davadır. Bu davada yapılan incelemelerde Savcı tarafından açılan soruşturmada soruşturmanın başlangıcına ilişkin tarih belirtilmiş; ancak soruşturmanın hem zaman hem de yer yönünden sınırları çizilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu soruşturmaya konu edilen “Demokratik Kongo Cumhuriyeti”ndeki durumun zamansal yönden bir sınırı olmadığından Mahkemeye bildirim tarihinden sonra meydana gelen ya da süregelen olayların da bu durum içerisinde değerlendirilmesi mümkün hale getirilmiştir⁸². Ancak burada dikkat çeken nokta, Mahkemeye başvuru sonrasında meydana gelen olayların soruşturmaya dahil edilebilmesi için Ön Dava Dairesinin koyduğu kriterdir. Buna göre daha sonra gerçekleşen olayların, Ön Dava Dairesi tarafından “Kriz durumu” olarak nitelendirilen bu durumla *yeterli derecede* ilişkilendirilmesi gerekmektedir⁸³. Bu davada savcı tarafından sağlanan ek bilgileri inceleyen Ön Dava Dairesi düzenli silahlı birlikler ve diğer silahlı grupları içeren ve en azından 4 Aralık 2002 tarihinden beri süregelen düşmanlıkların bu duruma dahil olduğuna, ve *Mr Mbarushimana*’na bağlı olduğu iddia edilen silahlı grubun bu düşmanlıklarda aktif rol aldığına ve başvuru sırasında savaş suçlarını işlemiş olduklarına ilişkin bir kanaat oluşturmuştur.

Mahkemeye göre Statü, bir devletin, bağlam veya süre açısından herhangi bir sınırlama olmaksızın, kendi topraklarının tamamını kapsayan mevcut ve gelecekteki suç faaliyetlerinin toptan bir toplamına atıfta bulunarak sorumluluklarından kalıcı olarak feragat etmesine izin verecek şekilde yorumlanamaz. Böyle bir yorum, tamamlayıcılık ilkesinin düzgün işleyişiyle tutarsız olacaktır⁸⁴. Dolayısıyla tamamlayıcılık ilkesi gereği bir devlet geçmişte gerçekleşmiş ya da gelecekte gerçekleşecek bir suç bakımından yargılama yetkisini *carte blanche* (sınırsız yetki(lendirerek)) devredemeyecektir.

Ancak Mahkemeye göre, daha öncesinde “bir kriz durumu” olarak tanımlanmış olan bu durum hakkında açılan soruşturma kişi ya da zaman yönünden sınırlanamaz⁸⁵. Bu durumda eğer ki soruşturulan suçlar herhangi bir şekilde “kriz durumu” ile bağlantılı addedilirse, bu suçların da soruşturma kapsamında sayılmasının ve dolayısıyla yargılama konusu yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁸⁶.

Mahkeme tarafından ilk defa bu kararlarda ele alınan ve Roma Statüsünde yer almayan bir ifade olan kriz ifadesinin, Mahkemece hangi amaçla kullanıldığının an-

⁸² *Ibid* 4

⁸³ *Ibid*

⁸⁴ *Ibid* 6

⁸⁵ *Ibid* 7

⁸⁶ *Ibid*



laşılmadığı yönünde eleştiriler gelmiştir⁸⁷. Nitekim AİHM'in bazı kararlarında aynı kavrama yer verdiği ancak bu kavramdan durumun ağırlığı ve uygulanan tedbirlerin orantılılığı bağlamında bir değerlediğime yapmak için yararlandığı görülmektedir⁸⁸. Oysaki Mahkeme burada "kriz durumu" ifadesini Mahkemenin zaman ve yer bakımından yargı yetkisine ilişkin bir belirleme yapmak amacıyla kullanmaktadır. Nitekim kriz durumu ifadesinin, Statü'de yer alan durum ifadesini niteleyen bir kavram olduğu ve yapısal değil istisnai durumları işaret ettiği belirtilmektedir⁸⁹. Ancak karşı görüş ise Statü'de yer almayan bu ifadenin yargı yetkisini belirlemek üzere bu şekilde yorumlanmasının sakıncalı olduğunu, zira bu durumda yapısal olan ve fakat sözleşmede suç teşkil eden bazı durumların -apartheid, insanlığa karşı suçlar vb-yargılanamayacağını belirtmektedir. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde süregelen silahlı çatışmalara ilişkin yargılamayı yer ve zaman bakımından genişletmek üzere bu yorumun yapıldığı, nitekim "kriz" ifadesinin soruşturmaya konu edilen durum bakımından öze ilişkin bir katkı sağlamadığı belirtilmektedir. Yine de bu ifadenin kullanılması yargılamanın kapsamını genişletmek bakımından başarılı olmuştur⁹⁰.

UCM'nin yargılama kapsamını zamansal olarak genişlettiği bir başka yargılaması ise Kenya'daki Duruma ilişkin yargılamadır. Burada *proprio motu* olarak başlatılan soruşturma sonucunda Savcı Kenya'daki Duruma ilişkin "27 Aralık 2007 ve 28 Şubat 2008 tarihlerini kapsayacak ve fakat bununla sınırlı olmayacak şekilde seçim sonrası dönemde işlendiği iddia edilen insanlığa karşı suçların soruşturulması" kararı vermiştir⁹¹. Soruşturmaya izin verilirken ise Ön Dava Dairesi Savcı tarafından soruşturulması planlanan zaman dilimini çok geniş bulmuş ve açıklanması gerektiğini belirtmiştir. Soruşturmaya ilişkin izni veren Ön Dava Dairesi, soruşturma tarihini Kenya'nın Statü'ye taraf olma tarihi olan 1 Haziran 2005 ile Savcı'nın soruşturma talebinin önüne geldiği 26 Kasım 2009 olarak belirlemiştir⁹². Bu yorumun, söz konusu soruşturmanın m. 15 kapsamında açılan bir soruşturma olmasından kaynaklandığını belirten Mahkeme, böylelikle kendi üzerine düşen inceleme faaliyetini azaltmayı amaçlamıştır. Halbuki bu durumda soruşturmanın yürütüleceği zaman aralığının arttığını söylemek mümkündür⁹³. Üstelik her ne kadar Mahkemenin işlenmiş ve işlenmekte olan suçlarla ilgili olarak soruşturma yürütme yetkisi bulunmakta ise de, Ön dava dairesi tarafından getirilen bu sınırlama Savcının soruşturmasını yapay bir şekilde kesintiye uğratabilecek niteliktedir⁹⁴. Dolayısıyla

⁸⁷ *Ibid* 8

⁸⁸ *Ibid* 10

⁸⁹ *Ibid* 11

⁹⁰ *Ibid* 13

⁹¹ ICC <<https://www.icc-cpi.int/kenya>> Erişim tarihi: 11.12.2023

⁹² Rastan Jurisdictional scope (n 78) 21

⁹³ *Ibid*

⁹⁴ *Ibid* 22

burada tarih sınırlaması yapılarak belirtilen tarih aralığında işlendiği iddia edilen tüm insanlığa karşı suçların soruşturulmasına karar verilmesi yerine, seçim sonrası dönemde ve bununla ilgili olarak işlenen ve işlenmekte olan tüm suçların soruşturulmasına karar verilmesinin daha yerinde olacağı vurgulanmaktadır⁹⁵. Öte yandan Mahkemenin m. 15'e ilişkin incelemelerinde tutarlı bir yol izlediğini söylemek de pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim Fildişi Sahilleri'ndeki Duruma ilişkin incelemesinde Mahkeme, verdiği soruşturma izninde hem savcı tarafından soruşturulmak istenilen suç tiplerini sayma yöntemiyle genişletmiş hem de Ön Dava Dairesi'nin soruşturma izni verdiği tarihten sonraki işlenen suçları da durumun kapsamına girdiği müddetçe soruşturma kapsamına almıştır⁹⁶.

Mahkemenin ön dava dairesinin kararları genel olarak incelendiğinde bir olayın yargısal kapsamı ile farklı zaman dilimlerini, yerleri ve yoğunluk dönemlerini kapsayan suçlar arasında yeterli bir bağlantının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde ilk olarak en azından geniş anlamda, ilgili temel aktörler/gruplar bakımından -bu grupların reforme edilmesi ve farklı başlıklar altında yeniden gruplandırılması veya daha sonra ortaya çıkması mümkün olduğundan katı bir gereklilik olmamakla birlikte-, bir süreklilik olup olmadığı incelenmeli; ikinci olarak suçların bağlamsal öğelerine ilişkin bir ilişki olup olmadığı – insanlığa karşı suçlarda suçların aynı saldırı bağlamında mı gerçekleştiği; savaş suçlarında aynı silahlı çatışma kapsamında mı olduğu, ya da hedef gruba karşı gerçekleştirilen soykırım suçu için benzer yönetimin belirgin motifi bağlamında- var olmalıdır⁹⁷. Öte yandan Mahkeme devam etmekte olan suçların soruşturulmasına ilişkin kısıtlamaları; başvuru ya da izin sırasında belirli fail ya da grupların var olup olmadığını; şüphelinin başvuru ya da izin sırasında suç işlediğine ilişkin bir iddianın olup olmadığını belirleyici olarak görmemektedir⁹⁸.

UCM'nin açtığı soruşturmalarda zaman yönünden yetkisinin 1 Temmuz 2002 tarihinden sonra gerçekleşen suçlar olduğu kabul edilmektedir. Zaten UCM'de Filistin'deki Durum soruşturmasında incelenecek olan suçların başlangıç tarihi 13 Haziran 2014 ve sonrası olarak kabul edilmiştir. Öte yandan Statü'nün zaman yönünden uygulanması bakımından Mahkeme tarafından beyan edilen tarihten sonra gerçekleşmekle birlikte, ne zaman işlendiğine bakılmaksızın soruşturma konusu ile maddi yönden bağlantılı olan diğer suçların da bu kapsamda değerlendirme konusu yapılacağı ifade edilmektedir⁹⁹.

⁹⁵ *Ibid*

⁹⁶ *Ibid* 27-28

⁹⁷ *Ibid* 32

⁹⁸ *Ibid* 33

⁹⁹ Adem (n 14) 87



VIII. FİLİSTİN DEVLETİ'NDEKİ DURUM SORUŞTURMASININ KAPSAMI GENİŞLETİLEBİLİR Mİ?

Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturmasında soruşturmanın başlamasına ilişkin kararın açıklanmasında yukarıda da belirtildiği üzere 13 Haziran 2014 tarihi üzerinde durulmuş ve savaş suçları (bendler de belirtilerek) zikredilmiştir. Soruşturma kapsamının savcı tarafından yapılan açıklama kapsamında mı kalacağı yoksa yeni işlenen suçların da bu bağlamda incelenmeye dahil mi edileceği meselesi 7 Ekim 2023 tarihinden sonra önem arz etmektedir. Özellikle 6 Şubat 2024 tarihi itibarıyla İsrail Devleti tarafından Gazze'ye yönelik saldırılarda şu ana kadar yaklaşık 35.000'i aşkın sivil hayatını kaybetmiştir. Pek çok Filistinlinin de yaralandığı veya zorunlu olarak yer değiştirmeye maruz kaldığı bu saldırıların, gözlemlendiği kadarıyla savaş suçlarının yanında Roma Statüsü kapsamında yer alan başka suçlara da vücut verme ihtimali muhakkak değerlendirilmelidir. Savcılık Ofisi tarafından yeni bir soruşturmaya başlanmasının – yukarıda açıklandığı haliyle Filistin özelinde- uzun bir süre almasına bağlı olarak, soruşturmanın başladığı tarihten sonra işlenen suçların da bu kapsamda sayılıp sayılmayacağını hem Mahkeme kararları hem de Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturmasına ilişkin görev yapmış ve halen görevde olan UCM savcılarının açıklamalarını dikkate alarak değerlendirmek gerekmektedir.

A. Mahkeme Kararları Bağlamında Filistin Devleti'ndeki Durum Soruşturmasının Kapsamının Genişletilmesinin Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklanan Mahkeme kararları değerlendirildiğinde soruşturma kapsamının genişletilmesine ilişkin kesin bir kriterin olmadığı göze çarpmaktadır. Mahkemeye göre dava konusu yapılacak fiiller durumla yeterli bağlantı içerisinde olmalıdır. Ancak bu yeterli bağlantıyı neyin ya da nelerin sağlayacağı hususu kesin değildir. Nitekim Mahkeme yargılama kapsamına almak istediği hususlar bakımından kimi zaman “kriz durumu” ifadesinden yola çıkarak, yargılamaya dahil etmek istediği kişinin işlediği iddia edilen fiilleri bu durumla ilişkilendirilmiş; kimi zaman ise çatışmanın sürekliliği, tarafların aynılığı gibi kriterleri göz önünde bulundurmıştır.

Bu noktada Filistin Devleti'ndeki Durum'un bir kriz durumu olarak nitelendirilmesi henüz söz konusu olmamıştır. Öte yandan gerçek kişilerin (yöneticiler, suça iştirak edenler ve suçu işleyenler bağlamında) değişmesi söz konusu olsa da Filistin (Hamas ve Filistin Direniş Grupları)ve İsrail Devleti arasında uzun yıllardır süregelen çatışmaların aynı silahlı çatışma olarak nitelendirilmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte bu kriter uygulanamasa da, Filistin'de gerçekleşen suçların süreklilik arz ettiği de Mahkeme tarafından saptanabilir.

B. Savcıların Açıklamaları Bağlamında Filistin Devleti'ndeki Durum Soruşturmasının Kapsamının Genişletilmesinin Değerlendirilmesi

Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturmasına ilişkin olarak öncelikle dönemin savcısı Fatou Bensouda'nın açıklaması incelenmelidir. Savcı, elindeki mevcut

bilgilerle sınırlı bir inceleme yaptığının altını çizmektedir. Bir soruşturma açılmasına ilişkin kararına dayanak yaptığı ön inceleme faaliyetine ilişkin olarak, ön inceleme safhasının savcıya sınırlı bir yetki verdiği tespitini yapmıştır. Savcıya göre bu sınırlı yetki soruşturmaya ilişkin bulguların kapsamını daraltmıştır¹⁰⁰. İddia makamı, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların çatışmanın taraflarının üyeleri tarafından işlendiğine inanmak için makul bir temel olduğuna karar vermiştir. Ancak savcı tarafından özellikle belirtilen husus ortaya atılan tüm iddialara ilişkin bir kanaate varılamadığıdır. Nitekim soruşturmanın başlatılması kararına ilişkin olarak savcı tüm iddialara ilişkin bir kanaate varmanın zorunluluk arz etmediğini belirtmektedir¹⁰¹.

Bu bağlamda Savcılık Ofisi, ön inceleme sırasında tespit edilen suçların, “*Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğini veya halen devam etmekte olduğunu*” belirlemeye yönelik eşik şartının ışığında, bir durum içindeki ilgili **suçluluk örnekleri** olarak değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır¹⁰². Buna göre, soruşturma başlatma eşiği karşılandığında Savcı, yalnızca bu eşiği kanıtlamak için belirlenen ve öne sürülen belirli eylem veya olaylarla değil, bir bütün olarak durumla ilgili bir soruşturma başlatabilir. Savcıya göre aksi takdirde, ön inceleme aşamasında mevcut olan sınırlı bilgiye dayanarak, gelecekte yapılacak bir soruşturmanın yönü önceden belirlenecek ve kapsamı daraltılacaktır. Bu durum bu eşiği karşıladığı geçici olarak belirlenen gerçekleri, gelecekteki soruşturmalarının kapsamını düzenleyecek bağlayıcı parametrelere dönüştürebilecektir. Bu yaklaşım, Savcının Statü'nün 42, 54 ve 58. maddelerinde belirtilen bağımsız ve objektif soruşturma ve kovuşturma göreviyle bağdaşmaz¹⁰³. Özellikle Temyiz Dairesinin başka bir *durum* bağlamında vurguladığı gibi, bir soruşturmanın izin verilen kapsamını ön inceleme sırasında elde edilen maddi bilgilerle sınırlamak, hatalı bir şekilde Savcının hakikati arama işlevini engelleyecektir¹⁰⁴. Savcıya göre Temyiz Dairesi'nin Statü'nün 54(1)(a) maddesi bağlamında yaptığı yorum da kayda değerdir. Buna göre Savcı ‘soruşturmayı bu Statü kapsamında cezai sorumluluk olup olmadığına ilişkin değerlendirmeye ilişkin tüm gerçekleri ve kanıtları kapsayacak şekilde genişletmeye’ yetkilidir. Hatta savcı bunu yaparken kişinin hem mahkumiyetine hem de beraatine ilişkin delillerin ve koşulları eşit şekilde araştırmakla yükümlü kılınmıştır. Bunun yanında Bensouda aynı kararda geçen ve savcının Statü'nün 54(1)(b) maddesi uyarınca, ‘*Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların etkili bir şekilde soruşturulmasını ve kovuşturulmasını sağlamak için uygun önlemleri almakla*’ yükümlü olduğunu da hatırlatmak suretiyle Statü'nün 54(1) maddesine göre Savcının görevinin ‘*gerçeği ortaya çıkarmak*’ olduğunu da ayrıca vurgulamıştır¹⁰⁵. Nitekim

¹⁰⁰ Bensouda (n 50) par 6

¹⁰¹ *Ibid* par 6

¹⁰² *Ibid* par 7

¹⁰³ *Ibid*

¹⁰⁴ *Ibid*

¹⁰⁵ *Ibid*



Bensouda Temyiz Dairesinin kararına atıfla, ilgili olguların tam bir resmini elde etmek, bunların Mahkeme'nin yetkisi altındaki belirli suçlar olarak potansiyel yasal niteliklerini ve olaya dahil olabilecek çeşitli aktörlerin sorumluluklarını tespit edebilmek için, Savcının durumu bir bütün olarak inceleme yükümlülüğü altında olduğunu hatırlatmaktadır¹⁰⁶. Sonuç olarak Bensouda zikrettiği suçların yalnızca örnek kabilinden olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre Savcının soruşturması yalnızca ön inceleme aşamasında değerlendirmeye konu olan belirli suçlarla sınırlı kalmayacaktır. Savcıya göre Ofis, kovuşturma için belirlenen vakaların ilgili olayla yeterince bağlantılı olması koşuluyla, zikredilen veya iddia edilen diğer eylemlere, olaylara, gruplara veya kişilere ilişkin olmak üzere soruşturmayı genişletebilecek veya değiştirebilecek ve/veya farklı hukuki nitelikler benimseyebilecektir. Nitekim bu husus Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturması için özellikle önemli addedilmektedir. Zira Savcı bu soruşturmada suçların sürekli olarak işlenmeye devam ettiğinin ve edeceğinin altını çizmektedir¹⁰⁷.

UCM'nin şu andaki savcısı Karim A. A. Khan ise Refah Sınır Kapısı'nda Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturmasına da temas ettiği bir açıklama yapmıştır. Bu açıklamada Filistin Devleti'ndeki Durum soruşturmasını yürütmek üzere özel bir ekip kurulduğunu belirtmektedir. Savcı, 2023 yılı için söz konusu soruşturma kapsamında İsrail ve Filistin'e bir ziyaret planı olduğundan, özellikle İsrail'e gidebilmek için gerekli çabayı göstermesine rağmen bunu başaramamış olmasından bahsetmektedir¹⁰⁸. Aynı açıklamada Hamas tarafından 7 Ekim'de gerçekleştirilen eylemin dehşetinden bahseden savcı, gerçekleştirilen eylemleri uluslararası *insancıl hukukun ciddi ihlalleri* olarak nitelendirmekte ve bunların cezasız kalmayacağı hususunu vurgulamaktadır. Öte yandan İsraili üst düzey yetkililer tarafından Gazze'nin elektriğinin suyunun ve yemeğinin kesileceği, insan dışı hayvanlar oldukları ve öldürülmeleri gerektiği gibi açıklamalara yer vermeyen savcı, o günlerde IDF tarafından hedef alınan okul, hastane, cami ve kiliselerin bombalanmasına yönelik olarak bu yerlerin uluslararası hukuk kapsamında korunduğunu hatırlatmakla yetinmektedir. Ayrıca İsrail'in bu yerlerin vurulmasına ilişkin olarak korunma statüsünün kalktığını ispat külfeti altında olduğunu belirtmekte, ancak kesin bir dil ile yargılamaya yapılabileceğini belirtmekten kaçınmaktadır.

Bunlara ek olarak Savcı açıklamasında Filistin Devleti'ndeki Duruma ilişkin soruşturma kapsamında Mahkemenin yargı yetkisi olduğunu hatırlatmaktadır. Burada önem arz eden husus Savcının bu yorumunun Filistin Devleti'ndeki Durum soruş-

¹⁰⁶ *Ibid*

¹⁰⁷ *Ibid*

¹⁰⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı Karim A.A. Khan KC, 29 Ekim 2023 tarihinde Mısır ile Gazze Şeridi arasındaki Refah Sınır Kapısı'nı ziyaret etti. Ziyaretin ardından Savcı, Kahire'den Filistin Devleti ve İsrail'deki mevcut durum hakkında konuştu. Bkz: ICC <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestine-and-israel>> Erişim tarihi 06.11.2023

turmasının kapsamının Gazze'deki ve daha sonra Batı Şeria'daki güncel olayları da kapsamına aldığı şeklinde değerlendirilebileceğidir. Nitekim 7 Ekim 2023 tarihinden sonra gerçekleşen olaylara ilişkin olarak delillerin sağlıklı bir şekilde toplanmasının sağlanması için bir platform kurulduğu ve tüm iddiaların araştırılacağı belirtilmekle savcı soruşturma kapsamında bu yeni olayların da inceleneceğini söylemektedir.

SONUÇ

Filistin'de 1948 yılından beri devam eden saldırılar, 7 Ekim 2023 tarihinden sonra İsrail tarafından Gazze Şeridi'ne yönelik gerçekleştirilen eylemlerle, İsrail devletinin toptan yok etme politikasının örneği olarak bugün de devam etmektedir. Filistin devleti tarafından uzun yıllar süren bir mücadelenin ardından UCM nezdinde açtırılmış bulunan soruşturma, 13 Haziran 2014 tarihinden sonra gerçekleşen suçlardan sorumlu kişilerin yargılanmasının sağlanması bakımından büyük bir önem arz etmektedir.

Bu soruşturma kapsamında delil elde edilmesi planlanan suçların öncelikli olarak savaş suçları olduğu zikredilmiş olsa da, kanaatimizce hem savcıların açıklamaları hem de Mahkemenin daha önce gerçekleştirmiş olduğu yargılamalar incelendiğinde, şu anda gerçekleşmekte olan ve Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların da olası bir yargılamada ele alınmasının önünde bir engel gözükmemektedir.

İlk olarak Mahkeme kararları incelendiğinde, Filistin Devleti'ndeki Durum'un bir kriz durumu olarak nitelendirilmesi söz konusu değilse de, kanaatimizce soruşturmada açıklanan ilk durum ile sonradan ortaya çıkan olaylar arasında Mahkemenin aradığı nitelikte bir "yeterli bağlantının" kurulması mümkündür. Nitekim burada süregelen çatışmaların aynı silahlı çatışma olarak nitelendirilmesi ya da Filistin'de gerçekleşen suçların süreklilik arz ettiği hususları da göz önüne alınarak yeni suçlar eklenebilecektir.

İkinci olarak savcılar tarafından yapılan açıklamaların geneli göz önüne alındığında soruşturma başlatılmasına ilişkin kararda zikredilen suçların ve kişilerin daha sonraki yargılamayı sınırlayacak şekilde değerlendirilemeyeceğinin belirtilmesi dikkate alınmalıdır. Bunun yanında soruşturmanın esas alınacağı bir başlangıç tarihi belirtilmekle birlikte, bir bitiş tarihi belirtilmemesi -her ne kadar Mahkemenin yorumuyla devletlerin gelecekte gerçekleştirebilecek olası tüm suçlar bakımından yargılama yetkilerini devretmeleri olarak anlaşılacak şekilde yorumlanması gerekse de- yeni gerçekleşen suçların da olası yargılamalara dahil edilmesi bakımından olumlu olarak yorumlanabilir. Üstelik yapılan açıklamalardan birinde mevcut soruşturmanın varlığının zikredilmesi yanında yeni işlenen suçlara ilişkin delil elde edilmesinin sağlanması noktasında yönlendirme yapıldığı görüldüğünden, savcılık bakımından bu yeni tarihli suçların soruşturma kapsamında görüldüğü- ya da en azından bu kapsamda görülmesinin temenni edildiği- de söylenebilecektir.

Neticeten, kanaatimizce Filistin'de işlenen yeni tarihli suçlar bakımından UCM nezdinde yeni bir soruşturma açılmasına gerek bulunmamaktadır. Bize göre hem



savcının açıklamaları hem de Mahkeme içtihatları özellikle 7 Ekim 2023 tarihinden sonra gerçekleştirilen yeni savaş suçlarının yanı sıra, yargılama aşamasına geçildiğinde soykırım¹⁰⁹ ve insanlığa karşı suçların faillerinin de yargılanması mümkündür. Bu bağlamda şu anda yürütülmekte olan soruşturmanın işlenmekte olan bu suçları da kapsadığı kanaatine varıldığından, soruşturma kapsamında delil elde etme faaliyetlerine bu suçlara ilişkin delillerin de dahil edilmesi ve UCM'nin soruşturmanın yürütülmesinde bu hususu da göz önünde bulundurması zorunluluk arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Abbasi S 'The Decision of the International Criminal Court in the Palestine Situation: A beginning in the Prevention of Impunity for Israeli Crimes' (2023) 4 (1) The Iranian Review for UN Studies 23, 30.23-48.

Adem S H Palestine and the International Criminal Court (Springer 2019)

Ambos K Stegmiller I 'Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?' (2013) 59 Crime Law Social Change 415-437

Bensouda F 'Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court's territorial jurisdiction' <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-palestine>>Erişim tarihi 01.12.2023

Bourgon Stephane 'Jurisdiction *ratione temporis*' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 543-558

Bothe Michael 'War Crimes' John R. W. D. Jones 'The Office of the Prosecutor' in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 379-426

¹⁰⁹ Soykırım suçu hem insan acımasızlığının boyutları bakımından hem de kendine has yoğun bir kast unsuru gereksinimi nedeniyle, istisnai bir ağır suç olarak tanımlanmıştır Novak (n 4) 44. Bu suç statünün 6. Maddesinde tanımlanmaktadır. Soykırım suçuna ilişkin Statüde yer verilen tanım, 1948 Soykırım Sözleşmesindeki ile aynıdır. Bu tanım uyarınca fail milli, etnik, ırki ya da dini grubu **"tamamen ya da kısmen"** yok etme kastı ile hareket etmelidir. Sözleşmenin resmi Türkçe tercümesinde kast yerine isabetli şekilde amaç kavramına yer verilmektedir. Dolayısıyla soykırım suçunda failin kastı yanında ayrıca amaç unsuru da yer almalıdır Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracakları hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek; özellikle soykırım suçu bakımından Güney Afrika Cumhuriyeti tarafından Uluslararası Adalet Divanı'na İsrail aleyhine yapılan başvuru ve burada alınan karar önem arz etmektedir.

Bozbayındır A E Turkey and the International Criminal Court (Nomos 2013)

Caban P ‘Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court’ (2011) 2 CYIL199-216.

Cassese A ‘From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court’ in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume II (Oxford University Press 2002) 3-22

Cassese A ‘Genocide’ John R. W. D. Jones ‘The Office of the Prosecutor’ in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 335-352

Cassese A ‘Crimes Against Humanity’ John R. W. D. Jones ‘The Office of the Prosecutor’ in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 353- 378

Frulli M ‘Jurisdiction *ratione personae*’ in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002) 527-542

ICC <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-101-ten-corr> Erişim tarihi 17.01.2024

ICC <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> Erişim tarihi 01.12.2023

ICC <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143> Erişim tarihi 01.12.2023

ICC <https://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations> Erişim tarihi 26.12.2023

ICC https://www.icc-cpi.int/case-records?f%5B0%5D=c_sit_code%3A1164&page=0 Erişim tarihi 26.12.2023

ICC <https://www.icc-cpi.int/kenya> Erişim tarihi 11.12.2023

ICC <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestine-and-israel> Erişim tarihi 06.11.2023

ICC <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143> Erişim tarihi 27.12.2023

Gökdemir M Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde Soruşturma Usulü (1. Baskı Oniki Levha Yayıncılık 2018)

Gökşen E Uluslararası Ceza Hukukunda Bireysel Ceza Sorumluluğu (1. Bası Seçkin 2024)

Jawad S ‘Objectives of International Criminal Law and Jurisdiction of ICC’ (2015) 3 (3) Journal of Sociology and Anthropology 163-170

Jones J R W D ‘The Office of the Prosecutor’ in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) The Roman Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I (Oxford University Press 2002)



Karakehya H 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk' (2008) 57 (2) AÜHFD 133-163.

Kelsall M S 'Between false messiah and symbolic politics: The International Criminal Court and the 'Situation in the State of Palestine' (2022) 23, *Palestinian Yearbook of International Law* 156, 157156-177.

Novak A *The International Criminal Court* (1. Bası Springer 2015)

Önok M Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı (1. Bası Turhan Kitabevi, 1. Bası 2003)

Poyraz Y, Önen Ö V 'Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü' (2019) 4 (1) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi 187-222.

Rastan R 'What is a Case for the Purpose of the Rome Statute?' (2008) 19 Criminal Law Forum, 435-448

Rastan R 'The Jurisdictional Scope of Situations Before the International Criminal Court' (2012) 23 Criminal Law Forum 1-34

Rastan R 'Situation and Case: Defining the Parameters' ,in: Eds. Carsten Stahn, Mmohamed M. El Zeidy *The International Criminal Court and Complementarity* (Cambridge University Press 2014) 421-459

Rastan R, Badar M E 'Article 11 Jurisdiction rationa temporis' in: Triffterer, Ambos (ed) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (Verlag C.H. Beck Ohg, 2016).

Scheffer D J 'How to Turn the Tide Using the Rome Statute's Temporal Jurisdiction' (2004) 2 (1) Journal of International Criminal Justice 26-34

Sjöström M 'The Initiation of an Investigation Proprio Motu by the Prosecutor of the ICC – A Reasonable Basis to Proceed?'(2014) <<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:721739/FULLTEXT01.pdf>> Erişim tarihi 04.12.2023

Smith S E 'Is the International Criminal Court Dying? And Examination of Symptoms' (2022) 23 , *Pregon Review of International Law* 73, 7373-96.

Tezcan D, Erdem M R and Önok M *Uluslararası Ceza Hukuku* (7. Bası Seçkin 2023)

Udya R, Nayak A M 'The Triggering Mechanism of the International Criminal Court' (2021) 4 (3) *International Journal of Law Management & Humanities* 5007-5038.

van der Vyver J D 'Personal and Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court' (2000) 14 (1) *Emory International Law Review*, 1,1-104.

Whiting A 'Dynamic Investigative Practice at the International Criminal Court'(2013) 76 (3-4) *Law and Contemporary Problems* 163-190

KAMU PERSONELİ İSTİHDAMINDA KULLANILAN SÖZLÜ SINAVIN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

*The Judicial Review of the Legality of Oral Examinations
in Public Personnel Recruitment*

Ömür Kadri SARI*

Özet

İdarenin yerine getirmek zorunda olduğu çeşitli görevler bulunmaktadır. Toplum içinde idare görevlerini yerine getirirken insan kaynağına ihtiyaç duymaktadır. İdarenin insan kaynağını kamu personeli oluşturmaktadır. Yeterli ve kaliteli kamu personeli istihdamı idarenin yerine getirdiği faaliyetlerin niteliğini de artıracaktır. Bu nedenle kamu personelinin seçimi, yetiştirilmesi, unvan değişimi ve görevde yükselmesi gibi konularda objektif esaslar ve yeterlilik ölçütleri uygulanmalıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda kamu personeli istihdamında liyakat temel ilke olarak kabul edilmiştir. Kamu personeli düzeni içerisinde liyakatin korunması için yazılı ve sözlü sınav kullanılmaktadır. Yazılı sınavı tamamlayıcı olarak sözlü sınav kamu personel sistemi içinde geniş şekilde uygulanmaktadır.

Çalışmamızda sözlü sınav liyakat ilişkisi incelenerek hukuku denetiminde sorun meydana getiren konulara çözüm önerileri getirilmiştir. Bunu yaparken idarenin yerine getirdiği sözlü sınavların yargısal denetiminde hangi ölçütlerin kullanıldığı ve bu ölçütlerin etkin yargısal denetime imkân verip vermediği tartışılmıştır. Yüksek mahkeme kararlarındaki değişim ele alınmıştır. Sözlü sınavların yetki, şekil, konu, sebep ve amaç unsurlarının, mevzuat ve yargı kararları analiz edilerek, bu sınavların nasıl daha adil, şeffaf ve objektif hale getirilebileceği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yargı denetimi, sözlü sınav, idari yargılama, liyakat ilkesi, kamu personeli

Abstract

The administration is responsible for fulfilling various duties. While carrying out these duties within society, the administration requires human resources, which are provided by public personnel. The employment of sufficient and qualified public personnel enhances the quality of the activities carried out by the administration. Therefore, objective principles and competency criteria should be applied in matters such as the selection, training, promotion, and title changes of public personnel. In the Civil Servants Law No. 657, merit is accepted as the fundamental principle in the employment of public personnel. To ensure the preservation of merit within the public personnel system, both written and oral examinations are used. The oral examination is widely used as a complementary assessment to the written exam within the public personnel system.

In this study, the relationship between oral examinations and merit is examined, and solutions are

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.08.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr., Ankara 17. İdare Mahkemesi hâkimi, omursari639@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1176-2399>.



proposed for issues arising in judicial review. The study discusses the criteria used in the judicial review of oral examinations conducted by the administration and whether these criteria allow for effective judicial oversight. Changes in high court rulings are also addressed. By analyzing the elements of authority, form, subject, reason, and purpose in oral examinations, along with relevant legislation and court decisions, the study explores how these exams can be made more fair, transparent, and objective.

Key Words: Judicial review, oral examination, administrative adjudication, merit principle, public personnel

GİRİŞ

Kamu personel istihdamında kayırmacılık veya yağmacılık gibi sistemler ülkeler tarafından denenmiştir. Hukuk devleti anlayışının yaygınlaşmasıyla kamu personelleri arasında subjektif değerlendirme yerine objektif esaslar uygulanmaya başlanmıştır. Böylece kamu personeli seçimi, atanması, görevde yükselmesi ve unvan değişikliği durumlarının gerçekleşmesinde kişilere eşit imkân sunulmuştur. İdarenin varlık gerekçesi kamu hizmeti ve düzeni gerekleri personel aracılığıyla yerine getirilmektedir. Nasıl ki idari faaliyetler için iyi bir bütçe ve teknik araçlar gerekliyse görevin gerektirdiği niteliklere sahip kamu personeli de gereklidir.

Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmetine girme aşamasında ancak görevin gerektirdiği niteliklerin ayırım sebebi olarak dikkate alınacağı belirtilmektedir. Kamu personel düzenimiz buna göre şekillenmiştir. Kamu personeli seçiminde ülke genelinde uygulanan yazılı sınav sonuçları dikkate alınmaktadır. Yazılı sınav uygulaması ile siyasi ve diğer saiklerle kamu personeli seçimi büyük oranda engellenmiştir. Görevin gerektirdiği nitelikler ve yeterlilik sadece yazılı sınav ile ölçülemeyeceğinden ayrıca sözlü sınav uygulanmaya başlanmıştır. Yazılı ve sözlü sınav örneği sadece kamu personeli seçiminde değil, görevde yükselme, unvan değişikliği ve ilerleme aşamalarında da görülmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 3. maddesinde getirilen liyakat ilkesi kamu personel istihdamı boyunca korunmalıdır. Böylece idare daha nitelikli iş ve eylemlerde bulunabilir. Aynı zamanda kamu personelleri arasında rekabet, kalite ve yeterliliğin artmasına zemin hazırlanacaktır. Sözlü sınav uygulamasının liyakate zarar vermemesi ve yazılı sınavın nesnel sonuçlarını ortadan kaldırmaması bakımından idarenin alacağı tedbirler yanında yargısal denetim de büyük öneme sahiptir. İdarenin liyakate dair standartlar belirlemesi ve liyakat koruma kurulu çalışması yanında yargının oluşturacağı içtihatlar sözlü sınavın objektif esaslara göre uygulanmasını sağlayacaktır.

Çalışmamızda liyakatin idare eliyle korunmasından ziyade yargı kararlarıyla korunması boyutu üzerine odaklanacağız. Sözlü sınavın yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarının ne şekilde denetlendiğini detaylıca irdeleyeceğiz. Sözlü sınavla dair Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında sözlü sınavın denetiminde hangi ölçütlerin esas alındığı ve kararların nasıl değişim gösterdiği açıklanacaktır. Günümüzdeki hukuka uygunluk denetiminin sözlü sınavın kamu yararı ve hizmet gereklerine göre uygulanmasına ne ölçüde katkı sunduğu ortaya konulacaktır.

Sözlü sınav unsurlarının denetiminde yazılı sınavın tamamlayıcısı olma ve yazılı sınav nesnel sonuçlarının ortadan kaldırma ölçütünün yargı denetimine yeni bir boyut katıp katmayacağı tartışılacaktır. Sözlü sınavlara dair son yargı kararları incelendiğinde etkin denetim için yeni değerlendirme ölçütüne ihtiyaç olduğu açıktır. Zira doktrinde sözlü sınavın yargısal denetiminin sadece usul yönüyle gerçekleştiğine dair eleştiriler artmaktadır. Yargı kararları incelendiğinde de sözlü sınavın sonuçlarına dair idarenin gerekçelerinin detaylıca analiz edilememesi bu eleştirileri doğrulamaktadır. Dolayısıyla yukarıda andığımız iki ölçütün sözlü sınavların denetiminde yeni açılım sağlayacağı kanaatindeyiz.

I. KAMU PERSONELİ DÜZENİNDE SÖZLÜ SINAV

Kamu hizmeti ve kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi süreci birçok bileşenden oluşmaktadır. İdari faaliyetin insan unsuru olan personel, faaliyetin etkin yerine getirilmesinde belirleyicidir. Bu nedenle kamu personelinin seçimi ve görevde yükselmesi liyakat ilkesine uygun gerçekleştirilmelidir. Günümüzde kamu hizmeti ve kolluk faaliyetinde çeşitliliğin artması bu görevlerin gereklerini yerine getirecek personelin istihdamı sürecine daha çok odaklanmayı gerektirmektedir.

Kamu personelinin bilgi ve becerisinin ölçülmesinde yazılı ve sözlü sınav birlikte (istisnai durumlar dikkate alınmamakta) kullanılmaktadır. Yaygın olarak kullanılan sözlü sınav uygulamasının yargısal denetimini ele almadan önce temel kavramlar ve sözlü sınavın hukukumuzdaki yerini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Bu kısımda ayrıca sözlü sınav ile liyakatin korunması arasındaki ilişki incelenecektir.

A. Kavramsal Çerçeve

1. Kamu Personeli

İdare tarafından istihdam edilen kişiler kamu personeli şeklinde ifade edilmektedir. Kamu personeli kavramı doktrinde detaylıca incelendiğinden bu başlıkta sadece kavramın geniş ve dar anlamını inceleyeceğiz. Öncelikle mevzuat içerisindeki düzenlemeleri ele alacağız. Bu doğrultuda 1982 Anayasa’ında kamu görevlisi tanımına yer verilmediği görülmektedir. Anayasa’da kamu personelinin niteliklerine dair farklı ifadeler kullanılmaktadır.¹ Bunlar içerisinde en yaygın ve tarif edici olanı “kamu hizmeti görevlileri” ifadesidir. Kanaatimizce bu ifade geniş anlamda kamu personeli tanımıyla uyumlu olarak hukuki durumları farklı olan (memur, işçi, sözleşmeli personel) tüm görevlileri kapsamaktadır.

Anayasa’nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ifade edilmesine karşın görevliler farklı türlerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin

¹ Anayasa’nın 39. maddesinde “kamu görev ve hizmetinde bulunanlar”; 71. maddesinde “kamu hizmetine girenler”; 137.maddesinde “kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse”; 128.maddenin bölüm başlığında “kamu hizmeti görevlileri” ifadesi yer almaktadır.



belediye başkanı, hâkim/savcı, akademisyen, asker, sözleşmeli öğretmen, belediye işçileri gibi farklı statüler ile karşılaşılmaktadır. Doktrinde tüm bu hukuki durumları içerisine alacak şekilde geniş anlamda kamu personeli tanımı yapılmıştır. Buna göre yerine getirdikleri iş ve hukuki durumlarına bakılmaksızın idare bünyesinde çalışan herkes kamu personeli olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamdaki personellerin bir kısmı kamu hukukuna bir kısmı ise özel hukuka tabi olabilir.² Bahsi geçen hukuki rejim ayrışması bir yana, kamu personel istihdamı sürecindeki sözlü sınavdan kaynaklı ihtilafların idari yargı önünde dava edildiği görülmektedir. Söz konusu ihtilaflar bakımından kamu hukuku kuralları esas alınmaktadır.

Dar anlamda kamu görevlisi kavramı için Anayasa'nın 128. maddesindeki nitelemeden yararlanılmaktadır. Var olan bir kadroya bağlı olarak çalışan ve genel idare esaslarına uygun yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren personel (dar anlamda) kamu personeldir.³ Anılan maddede bu personeller memurlar ve diğer kamu personeli olarak tarif edilmektedir. Seçimle iş başına gelen veya işçi olarak çalışanlar bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ayrıca Anayasa'da memur ve diğer kamu görevlileri tabirinin somutlaştırılmayarak, bu iş yasalara bırakılmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda memur, sözleşmeli personel ve işçilere dair tanım yapılmıştır. Çalışmamızın kapsamını aşmamak adına detaylara burada girmeyeceğiz.

Çalışmamız bakımından geniş anlamda kamu personeli kavramını esas alacağız. Memurlar, sözleşmeli personel, işçiler ve diğer kamu görevlilerinin alım, unvan değişikliği ve görevde yükselme sürecindeki sözlü sınav uygulamalarını inceleyeceğiz.

2. Liyakat Kavramı

Kamu yönetimi ve idare hukuku alanında sıkça kullanılan liyakat kavramı elverişlilik ve uygunluk durumunu yansıtmaktadır. Meritum (Latince) kelimesinden türeyen Merit, bir kişinin takdire şayan nitelikleridir. Bu nitelikler sebebiyle bir şeyi hak etmesidir.⁴ Türk Dil Kurumu (TDK)'na göre, liyakat kavramı, kendisine iş verilmeğe uygun ve yararlı olunması halini ifade etmektedir.⁵ Personel istihdamında liyakat uygulamaları bugün tanımlanan ve tartışılan bir konu değildir. Eski Yunan⁶ ve İslam Medeniyetinde⁷ de liyakat niteliği ele alınmış olup çeşitli ilkeler getirilmiştir.

² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (17th edn, Seçkin 2023) 703.

³ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2022) 471.

⁴ Simon Blackburn, *A Dictionary of Philosophy* (3rd edn, Oxford University Press 2016).

⁵ TDK, Erişim Tarihi: 10.08.2024, <https://sozluk.gov.tr/>

⁶ Matthew Bunson, *Encyclopedia of Ancient Rome* (3rd edn, Infobase Learning 2012) 251.

⁷ Nisa Suresi 58.ayette emanetlerin (görev ve yetkinin) ehil kişilere verilmesi Allah'ın emri olduğu belirtilmektedir. Yine hadislerde liyakatli olmayan kişilerin iş başına gelmesiyle karışıklık ve kaosu meydana geleceği ifade edilmektedir. Örneğin "İşler ehil olmayan kişilere verilirse kıyameti bekleyin" (Buhari, İlim, 2) hadisi İslam Hukuk metinlerinde zikredilmektedir.

Tarih boyunca toplumları idare edenler liyakati sağlayıcı tedbirlere başvurmuştur. Kamu personel sistemi bağlamında işe alım, atama ve terfilerde liyakat, uygulanan bir ilke haline gelmiştir. Ülkemizde kamu personeli istihdamında Anayasa'nın 70. maddesinde görevin gerektirdiği nitelikler dışında kamu hizmetine alınmada ayrımcılık gözetilmeyeceği belirtilmektedir. Liyakatle ilişkili bu cümle dışında Anayasamızda liyakati tarif eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel ilkeyi belirlemesi bakımından söz konusu düzenlemenin yeterli olduğunu düşünmekteyiz. Bununla birlikte 657 sayılı Kanun'da daha somutlaştıran düzenlemeler bulunmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 3/c. maddesinde kamu hizmetine (personel) girme, görevde yükselme ve sınıflar içinde ilerlemede liyakat ilkesine dayanılması gerektiği belirtilerek liyakat ilkesinin fonksiyonlarına yer verilmiştir.

İdarenin yerine getirdiği faaliyetler tüm toplumu ilgilendiren ve kamu yararı sağlamaya yöneliktir. Bu ödevi yerine getirecek personelin seçimi ve çalışma süreci özel bir usule tabi olmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında kamu personelinin yerine getireceği hizmetin düzenli ve sağlıklı biçimde yerine getirilmesi için istihdamında güvenceli sistemin korunması vurgulanmaktadır.⁸ Bu kararlarda kişilerin kamu personel statüsüne girişte ve statünün devamında bilgi, beceri ve hizmetin gereklerine göre objektif usullere tabi tutulması gerekliliği incelenmiştir. Hem yargı kararları hem de doktrindeki görüşe göre, 657 sayılı Kanun'daki liyakat ilkesi doğrultusunda güvenceli bir sistem oluşturulabilecektir.⁹ Bu doğrultuda yazılı ve sözlü sınav uygulamaları objektif değerlendirme ve bilgi/beceriye ölçmeye yönelik araçlardır. Siyasi ve diğer etki gruplarının kamu personel düzenine doğrudan müdahalesini kısıtlayan liyakat ilkesinin sonuçlarından olan sözlü sınav üzerinde odaklanacağız.

Sözlü sınav usulüne dair tartışmalar ülkemizde devam etmektedir. Doktrinde sözlü sınavın hukuki dayanağı ve gerekliliği konusunda eleştiriler bulunmaktadır.¹⁰ Söz konusu eleştirilerin detayına girmeden sözlü sınavı yazılı sınavın tamamlayıcısı görerek yargı denetimini etkinleştirecek hususları inceleyeceğiz. Nitekim Danıştay'ın bir kararında; sözlü sınav, kişinin mesleğe uygun yeteneğe ve kültürel birikime sahip olup olmadığını belirlemek, liyakati ölçmek ve yazılı sınavı tamamlayıcı şekilde

⁸ Anayasa Mahkemesi, E 1990/12 K 1991/7, 04.04.1991. Anayasa Mahkemesi, E 2023/115 K 2024/13, 18.01.2024 tarihli kararında "İdarede sözleşmeli personel olarak çalışanlar ile memur olarak çalışanlar arasında statü farkı çok açık biçimde kendisini göstermektedir. Bu bağlamda memurların ayrı hukuki statüde istihdam edilen bir çalışanlar kesimi olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndan kaynaklanan farklı hukuksal güvenceleri, görev, yetki ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bunun yanında memur olarak istihdamda liyakati esas alan bir sınav koşulu da aranmaktadır. Bundan dolayıdır ki memurlar kamudaki diğer çalışanlardan daha farklı bir statüye sahiptirler." gerekçesine yer verilmiştir.

⁹ Abdullah Uz, 'Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi' (2011) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 78.

¹⁰ Erdal Şahin, 'Kamu Görevlisi Alımında Sözlü Sınav ve Mülakat Yöntemleri İle Yargısal Denetim Sorunu' (2023) 81 Ankara Barosu Dergisi 63.

nitelenmiştir.¹¹ Çalışmamızda da sözlü sınavın bu nitelikleri yerine getirmeye ne derece elverişli olduğu ve hangi tür değişikliklere ihtiyaç duyulduğu tartışılacaktır.

3. Sözlü Sınavın Kapsamı ve Dayanağı

Kamu personel hareketliği içerisinde idarenin iş ve işlemlerinin objektif ölçütlere göre yapılıp yapılmadığı sürekli tartışılmaktadır. Özellikle personel alımlarında kayırmacılığı ortadan kaldırmak için 657 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca yazılı sınav (KPSS) uygulanmaktadır. Yine görevde yükselme veya unvan değişikliğinde de yazılı sınav yapılmaktadır. Yazılı sınavın objektifliği sağlaması konusunda tartışma bulunmamaktadır. Genel kültür, genel yetenek ve meslek bilgisini ölçmeye yarayan yazılı sınavı tamamlayıcı olarak sözlü sınav uygulanmaktadır. Şüphe ve tartışmaların asıl bulunduğu alan sözlü sınava dairdir.

Sözlü sınav ve mülakat kavramları birbiri yerine kullanılmaktadır. Aralarında anlamsal birtakım farklılıklar bulunsa da hem doktrinde hem de yargı kararlarında iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır.¹² Kavramsal tartışmaya girmeden sözlü sınavın kapsamı ve gerekliliğini belirlemeye yönelik yargı kararlarını ele alacağız. Danıştay'ın bir kararında göreve ilk defa girecek veya görevde yükselme/unvan değişikliği talep edenlere yönelik yapılacak yazılı sınavdan sonra mesleki ehliyete dair özel niteliklere sahip olunup olunmadığının belirlenmesi ve yazılı sınav ile ölçülmesi mümkün olmayan hususların ortaya konulabilmesi bakımından sözlü sınav yapılması mümkündür, denilmektedir.¹³ Söz konusu karardan yazılı sınav ile ölçülmesi mümkün olmayan bilgi ve becerinin sözlü sınav ile ölçüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca yazılı sınav ile ölçülmesi mümkün olmayan hususların ortaya konulabilmesi için sözlü sınavın yapıldığı tespitiyle sözlü sınavın dayanağı da belirgin kılınmıştır.

¹¹ Danıştay 2.D, E 2017/2557 K: 2022/616, 17.02.2022. (UYAP Bilişim Sistemi)

¹² Anayasa Mahkemesi'nin mülakat ile sözlü sınavı aynı ve farklı gördüğü kararları mevcuttur. Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin 18.02.2016 tarih ve B.Başvuru No: 2013/1216 sayılı kararında "Subaylığa geçişe ilişkin olarak yukarıda yer verilen mevzuat uyarınca mülakatin adaya göre değişen, yeterli bir zaman içinde gerçekleşen bir oturum ile adayın geçmişi, kişiliği, psikolojik yapısı, kendini ifade edebilme yeteneği ve askerlik mesleğine ön yeterliliğin tespiti gibi konuların değerlendirildiği planlı bir görüşme olduğu; adayda bulunması gereken ve testlerle ortaya çıkarılması mümkün olmayan niteliklere adayın sahip olma durumunu tespit etmek maksadıyla Mülakat Kurulu ile aday arasında yüz yüze, sözlü iletişim şeklinde soru ve cevap yöntemi uygulanarak mülakatin gerçekleştirildiği; mülakatin sözlü sınav niteliğinde olmadığı ve adayların bilgi seviyelerinin değerlendirilmediği, değerlendirme kriterlerinin subaylarda bulunması gerekli görülen kişilik özelliklerinden oluştuğu.", ifadelerinden iki kavramın farklı olduğu sonucu çıkmaktadır. Fakat Yüksek Mahkemenin 04.12.2014 tarih E: 2014/99, K: 2014/181 sayılı kararındaki "sözlü sınav, bir kişinin davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin muhakeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını puan vermek suretiyle değerlendirme yöntemidir. Yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğünden sözlü sınavda anılan bilgilerin yeniden ölçülmesi yerine dava konusu kuralda belirtilen hususlarda değerlendirmeye tabi tutulması, mülakatin yapılaş amacına uygunluk taşımaktadır." ifadelerinden iki kavramın birbiri yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır.

¹³ Danıştay 2. D, E 2018/1595 K 2023/2922, 24.05.2023. (UYAP Bilişim Sistemi)

Bir başka Yüksek Mahkeme kararında da sözlü sınavın bilgi ve liyakati ölçmek, kişinin mesleğe uygun yeteneğe ve kültürel birikime sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapıldığı belirtilmektedir.¹⁴ Yine aynı kararda sözlü sınavın tamamlayıcı yönü üzerinde durularak yazılı sınavın nesnel sonuçlarına zarar verici bir usul kullanılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Yani yazılı sınavın nesnel sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde sözlü sınav uygulamasına imkân olmadığı açıklanmaktadır.

Yazılı sınava göre kayırmaya ve sübjektif değerlendirmeye daha müsait olan sözlü sınavın yasal dayanağı ilgili kanunlarda belirtilmektedir. Görevin gerektirdiği özelliklerin tespit edilmesi ve hizmete uygun adayın ortaya çıkarılabilmesi amacıyla sözlü sınavın kullanılması gerektiği yargı kararlarında istikrar bulmuş bir görüştür. Sözlü sınavın varlığını sorgulayan yargı kararı neredeyse yoktur. Anayasa Mahkemesi, görevin gerektirdiği niteliklerin belirlenmesi yolunda yasama organının farklı araçları kullanmada takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir.¹⁵ Fakat burada karşımıza “tamamlayıcı olma” niteliği çıkmaktadır. Zira sadece sözlü sınav ile değerlendirme yapılması hukuka aykırı bulunmaktadır. Örneğin hâkim ve savcıların adaylık eğitimi sonrasında sadece sözlü sınava alınarak değerlendirilmeye tabi tutulmasına dair düzenleme Yüksek Mahkeme kararıyla iptal edilmiştir.¹⁶

Yargı kararlarının bütününden hareketle kamu personeli istihdamında sözlü sınav usulü tercihinin Anayasa aykırı olmadığı anlaşılmaktadır. Görevin gerektirdiği niteliklerin tespiti ve liyakatin belirlenmesi yolunda kullanılacak meşru bir araç olarak sözlü sınav kabul edilmektedir. Kayırma ve sübjektif değerlendirmeye imkân vermeyecek sözlü sınav usulü geliştirilmelidir. Bu usulün yanında etkin bir yargısal denetimin gerçekleşmesine yol açacak içtihatlar geliştirilmelidir.

¹⁴ Danıştay 2. D, E 2018/374 K:2023/2635, 17.05.2023. (UYAP Bilişim Sistemi)

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E 2016/144 K 2020/75, 10.12.2020 tarihli kararındaki “*Hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul öncesindeki adaylık sürecinde ilgililer Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında yer almaktadır. Bu çerçevede kuralla adaylık süreci sonunda yazılı ve sözlü sınavda başarı göstermek, hâkimlik ve savcılık mesleğine atanabilmek için 2802 sayılı Kanun ile aranan koşullar arasında sayılmıştır. Adaylık süresinin sonunda sınav yükümlülüğünün getirilmesi ve bu kapsamda sınavın yazılı ve sözlü olarak yapılmasının öngörülmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.*” ifadelerinden yasama organının sözlü sınav uygulama konusunda takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi E 1990/13 K 1990/30, 20.11.1990 tarihli kararında “*Yeni düzenleme ile eskiden yazılı olarak yapılmakta olan sınavın sözlüye çevrilmesi, adayların bu işleme karşı dava haklarını biçim yönünden değilse de fiilen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü, sözlü sınava karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma olanağı güçtür. Yargıcın adalet dağıtma görevini noksansız yerine getirebilmesi için adaylık dönemi dahil mesleğinin her aşamasında güven duyacağı bir ortam içinde bulunması zorunludur. Nesneliği hususunda güven verebilecek ve adayların yalnız biçimsel değil fiilen de yargısal haklarını kullanmalarına olanak sağlayacak bir yöntem yerine öznel değerlendirmelere açık, sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin vermek, Anayasa'nın yargıç ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvene ile bağdaşmamaktadır.*” gerekçesi yer almaktadır.



Liyakate uygun sözlü sınav uygulaması geliştirilmesi hem idari hem de yargısal boyutları olan bir konudur. İlerde inceleyeceğimiz liyakat koruma kurulu (önerisi) ve sözlü sınav komisyonu teşekkülü meselesi idareyle ilgili konulardır. Diğer yandan sözlü sınavlara dair yargı kararları, mevzuat altyapısını ve uygulamayı şekillendirmiştir. Yüksek mahkeme kararlarının sözlü sınavın yargısal denetiminde hangi aşamaları oluşturduğunu ilerleyen başlıklarda ele alacağız.

Kavramsal çerçeveyi çizmeye çalıştığımız bu bölümde sözlü sınavlarla ilgili esas sorunun hukuka aykırılığın tespit edilmesiyle ilgili güçlük olduğu ortaya çıkmaktadır. Bundan sonraki bölümde bu zorluğun nasıl aşılabileceğine odaklanılarak idari ve yargısal öneriler sunulacaktır.

B. Sözlü Sınav Uygulaması ve Liyakatin Korunması

İdarenin yerine getirdiği faaliyetler farklı altyapıların mevcut olmasını gerekli kılmaktadır. İnsan unsurunu oluşturan kamu personelinin nitelikli ve yeterli olması, kamu düzeninin daha iyi sağlanması ve hizmetlerin daha kaliteli sunulması sonucunu doğuracaktır. Bu amaçla Anayasa'nın 70. maddesinde kamu görevine girişte sadece liyakatin esasa alınacağı ve 657 sayılı Kanun'un 3/c. maddesinde ise göreve girme, görevde ilerleme ve yükselme, görevin sona erdirilmesinin liyakat ilkesine dayanırılması gerektiği belirtilmektedir. Dünyada kamu personeli istihdamında liyakatin korunmasına yönelik idari ve yargısal denetim mekanizma örnekleri bulunmaktadır.

Ülkemizde uygulama örneği bulunmayan denetim araçlarının hukuk sistemimize uyanlarının incelenmesi gerekmektedir. Etkin denetim ve koruma sistemi oluşturulmadan liyakat ilkesinin sadece yasalarımızda yer alması istenen sonuca ulaşılmasını sağlamayacaktır. Bu kısımda sözlü sınavın kamu personel sistemimizdeki kullanımı ortaya konularak idari ve yargısal başvuru mekanizmaları ele alınacaktır.

1. Kamu Personeli İstihdamında Sözlü Sınavın Yeri

Merkezi idare ile yerinden yönetimlerin personel istihdamında sözlü sınav örnekleriyle sıklıkla karşılaşmaktadır. Mesleğe giriş, atama, mesleki yeterliliğin tespiti, unvan değişikliği veya görevde yükselme aşamalarında sözlü sınav uygulaması ile karşılaşmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki istihdam türlerinin (memur, sözleşmeli personel ve işçi) tamamında sözlü sınav görülmektedir. Öte yandan kayırmacılık ve yağmacılık gibi personel sistemlerinden uzaklaşarak liyakat esaslı personel düzeni oluşturmayı amaçlayan mevzuat düzenlemeleri ile sözlü sınav uygulaması daha çok tartışılmalıdır. Kamu personel istihdam sisteminin sadece yazılı sınava bağlanması kişilerin mesleki yeterliliği ve ehliyetini ölçmede yetersiz kalacağı kanaatindeyiz. Sözlü sınavın kayırma ve yağma sistemine yaklaşan yönleri revize edilerek idari ve yargısal denetimin etkin kılınmasıyla sözlü sınav elverişli bir araç haline gelebilir.

Katip, mübaşir, orman muhafaza memuru, müfettiş, teknisyen, hakim/savcı, (sözleşmeli) öğretmen gibi birçok unvan mesleğe girişte ve sonrasında sözlü sınav

ile karşılaşmaktadır. Ayrıca sürekli veya geçici işçiler de sözlü sınav uygulamasına tabi tutulmaktadır. Kamu personel düzeninde sözlü sınavın yaygınlığı ülkemizde sınırlı değildir. Dünyada birçok ülke altyapısı güçlü sözlü sınav uygulamasını idari faaliyetlerde görev alacak yeterli, kaliteli ve bilgili personelin istihdamında kullanmaktadır.¹⁷ Diğer ülkelerde sözlü sınav uygulamasının gerekçesinde liyakat ilkesinin korunması yer almaktadır. Yani sözlü sınav liyakatin güvencesi olarak görülmektedir.¹⁸ Ülkemizde ise sözlü sınav liyakate zarar veren ve kayırmaya zemin hazırlayan bir araç olarak algılanmakta ve tartışılmaktadır. Yaygın kullanılan bu aracın liyakat ilkesinin teminatı olacak şekilde yapılandırılması gerekmektedir.

Aday memur olarak alınan kişiler atanmadan önce sözlü sınava tabi tutulmaktadır. Örneğin hakim/savcı yardımcılarının eğitimlerinin ardından göreve atanma öncesinde sözlü sınav uygulanmaktadır. Türkiye Adalet Akademisi Hâkim ve Savcı Yardımcıları Eğitim ve Sınav Yönetmeliği'nin 44. maddesinde sözlü sınavda mesleki yeterlilik, muhakeme gücü ve ifade etme yeteneği, mevzuat, içtihat ve uygulama bilgileri, özgüven ve temsil kabiliyetinin sözlü sınavda değerlendirileceği ifade edilmektedir. Adli, askeri ve idari personellerin hukuki statülerinin belirlenmesinde¹⁹ (atanma, bir üst unvana geçiş veya unvan değişikliği, görevde yükselme) sözlü sınav ölçme aracı olarak kullanılmaktadır. Akademinin neredeyse tüm aşamalarında sözlü sınav görülmektedir.

Kamu personel düzeninde sözlü sınavın sık uygulanması ihtilafların sayısını da artırmıştır. İcra müdür ve müdür yardımcısı sözlü sınavı²⁰, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Uzman Yardımcılığı sözlü sınavı²¹, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı sözleşmeli personel jeoloji mühendisliği alım sözlü sınavı²², Sosyal Güvenlik Merkezi şeflerinin görevde yüksel sözlü sınavı²³, gümrük müdür yardımcılığı sözlü sınavı²⁴, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda teknik uzman yardımcı yeterlilik sözlü

¹⁷ California, Erişim Tarihi: 13.08.2024, <https://www.eldoradocounty.ca.gov/County-Government/Human-Resources/Recruitment/Merit-Principles-Recruitment-Examinations>; European Union, Erişim Tarihi: 13.08.2024, https://eures.europa.eu/5-tips-acing-your-interview-2017-05-08_en

¹⁸ Avrupa Birliği'nin açık, şeffaf ve liyakate dayalı personel iş alma ve seçme politikasını açıklayan raporda liyakat ilkesinin güvencesi şeklinde sözlü sınav nitelenmektedir. Detay için bkz; https://www.irbllleida.org/media/upload/arxiu/ABOUT_US/HREXCELLENCE/PNT-005_personnel_recruitment.pdf

¹⁹ İpek Özkal Sayan, 'Türkiye'de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı' (2009) 64 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 201, 207.

²⁰ Danıştay 12. D, E 2023/1816 K: 2024/1844, 16.04.2024 tarihli kararında, sözlü sınav komisyonunun oluşumu, önceden soru hazırlanması ve davacıya soru çekirilmesi, hangi kriterlerden değerlendirme yapıldığı incelenmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

²¹ Danıştay 12. D, E 2020/4945 K: 2024/759, 21.02.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

²² Danıştay 12. D, E 2023/5072, K 2024/1833, 16.04.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

²³ Danıştay 2. D, E 2021/16264 K 2022/613, 17.02.2022. (UYAP Bilişim Sistemi)

²⁴ Danıştay 2. D, E 2021/18331 K 2022/290, 09.02.2022. (UYAP Bilişim Sistemi)



sınavı²⁵ gibi farklı türde ihtilaflar meydana gelmektedir. Uygulamanın yaygınlığı nedeniyle çok sayıda dava açılmaktadır. Dava sayısını azaltmanın bir yolu da kamu personeli arasında liyakat ilkesini güçlendirecek idari araçların oluşturulmasıdır.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde faaliyette bulunan Liyakat Sistemleri Koruma Kurulu (Merit Systems Protection Board) örneği sözlü sınavlardan kaynaklı ihtilaf sayısının azaltılması için incelenmelidir. Sadece ABD'de değil diğer ülkelerde de liyakat ilkesinin kamuda yer edinmesi için görev yapan idareler bulunmaktadır. Ülkemizde 2018 yılında uygulanmaya başlayan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi kapsamında liyakatin korunmasını sağlayıcı idari yapısal durum ele alınmalıdır. Zira zorunlu ve ihtiyari idari başvuru yolları veya idari görüş alınmasının, idarenin iş ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasında etkili bir yol olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır.²⁶

2. Liyakat Koruma Kurulu Önerisi

Kamu personel istihdamında kayırmacılık ve subjektif değerlendirmenin engellenememesi toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve kamu düzeninin sağlanması aşamasını olumsuz etkilemektedir.²⁷ Yukarıda saydığımız üzere kamu personel düzenimizde liyakatle ilişkili birçok sözlü sınav uygulaması bulunmaktadır. Bu alanda standardın idarece belirlenmesi ve izlenmesi gerekmektedir. Ortaya konulacak standartlar idari süreçlerin hukuka uygun işlemlerini sağlayacaktır. Ülkemizde ve diğer ülkelerde liyakat koruma kuruluna ihtiyaç bulunduğu daha önce doktrinde ileri sürülmüştür. Fakat ABD (Merit Systems Protection Board), Kanada (Public Service Commission), İngiltere (Civil Service Commission) ve Avustralya (Australian Public Service Commission)'da kurulmuş iken ülkemizde böyle bir kurul bulunmamaktadır.²⁸

Devlet Personel Başkanlığı (DPB) ülkemizde uzun yıllar personel düzenine dair kurallar, görüşler yayınlamış ve standartlar oluşturmuştur. Cumhurbaşkanlığı

²⁵ Danıştay 2. D, E 2023/3068, K 2023/4324, 26.09.2023. (UYAP Bilişim Sistemi)

²⁶ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve ombudsmanlık kurumunun idari yargının yükünü azalttığı ortadadır. Kamu ihale mevzuatı gibi zorunlu idari başvurular da ihtilafların yargı merciine gelmeden çözümünü sağlamaktadır. Detay için bkz; Mustafa Özbek, 'İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)' [2005] TBB Dergisi 90; Cihan Yüzbaşıoğlu, 'İdari Usulde Öksüz Kalmış Bir Alan: İdari İşlemlere Karşı Zorunlu İdari Başvurulardan Kaynaklanan Sorunlar' (2020) 19 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 305, 382. Ayrıca Kanada'da yapılan çalışma sonucunda mahkeme öncesi başvurularla birçok ihtilafın çözüldüğü tespit edilmiştir. Detay için bkz; <https://www.justice.gc.ca/eng/cs-jc/ccs-ajc/04.html>

²⁷ Paul M Camp and W Richard Lomax, 'Bilateralism and the Merit Principle' (1968) 28 Public Administration Review 132, 133 <<https://www.jstor.org/stable/974079?origin=crossref>> accessed 13 August 2024.

²⁸ Örnek görüşler için bkz; Namık Kemal Öztürk, 'Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu' [2002] Türk İdare Dergisi 129; Meraiah Foley and others, 'Best Person or Best Mix? How Public Sector Managers Understand the Merit Principle' (2022) 81 Australian Journal of Public Administration 401, 407.

Hükümet Sistemiyle birlikte anılan Başkanlık kaldırılarak görevleri farklı idareler arasında paylaştırılmıştır.²⁹ DPB, kamu personellerine dair görüşleri ve mevzuat oluşumuna etkisiyle liyakatin korunmasına katkı sunmaktaydı.³⁰ Yeni hükümet sistemi döneminde de kamu personelinin görüş alabileceği ve ihtilafını yargıya taşımadan idari başvuru ile çözebileceği mekanizmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Özellikle, konumuz bağlamında, sözlü sınav uygulamasından kaynaklı liyakate aykırı uygulamalara çözüm bulunabilecek idari araçlar var olmalıdır.

ABD’deki Liyakat Sistemleri Koruma Kurulu, 1978 yılında Kamu Hizmeti Reform Yasası (CSRA)’yla kurulmuştur. Kurul, yürütme organından ayrı düzenleyici ve denetleyici kurum güvencelerine sahip olarak görev yapmaktadır. Kamu personellerinin itirazlarını almakta ve personel istihdamı sürecindeki liyakat uygulamalarını incelemektedir.³¹ Söz konusu kurula benzer faaliyet icra eden idareler ülkemizde bulunmaktadır. Örneğin Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, insan haklarını korumak, kişilerin eşit muamele hakkını güvence altına alacak çalışmalar yürütmektedir. Bahsi geçen konulardaki şikâyetleri alarak karar vermektedir. Ayrıca Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu da bilgi edinme hakkının kullanımından kaynaklanan ihtilafları inceleyen idari bir birimdir. Bu iki kurum gibi kamu personel istihdamı sürecine dair şikâyetleri inceleyecek ve özellikle liyakat ilkesinin kamuda yer edinmesine katkı sunacak idari yapıya ihtiyaç vardır.

Kamu personelinin istihdamının sağlıklı bir zemine oturması idarenin görevlerini verimli ve etkili yerine getirmesi anlamına gelmektedir. İyi idare anlayışının ülkemizde gelişimini de hızlandıracak olan liyakatin korunmasını güvenceye alacak idari araçlar zaruri hale gelmiştir. Dolayısıyla liyakat koruma kurulu veya personel başkanlığı adında bakanlıklarla ilgili veya ilişkili bir idarenin ihdas edilmesi kamu personel sistemimizi geliştirecektir. Uygulamanın öngörülebilir ve objektif ilerlemesini sağlayacaktır. Diğer yandan böyle bir kurum yargı organlarının işini de kolaylaştıracaktır. Sözlü sınav işleminin hazırlık ve sonuçlandırılması dâhil tüm aşamalarına ilişkin standart belirlenmesi etkin yargısal denetim sağlayacaktır. Ayrıca ihtilafların çoğu yargı organı önüne gelmeden çözüme kavuşacaktır.

3. Sözlü Sınav Sonucuna Karşı Yargı Yoluna Başvurulması

Sınav sonuçlarının dava konusu edilip edilemeyeceği geçmişte uzun süre tartışılmıştır. Yazılı sınavların hukuki denetimi esnasında elde somut veriler olduğu için yargısal denetimi hakkında ihtilaf bulunmamaktadır. Fakat sözlü sınav sonuç-

²⁹ Devlet Personel Başkanlığı görevleri Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı Çalışma Genel Müdürlüğü, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı ile İnsan Kaynakları Ofisi arasında paylaştırılmıştır. Detay için bkz; Levent Demirelli and Recep Aydın, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Türk Kamu Personel Yönetiminin Örgütlenmesi’ [2020] Yasama Dergisi 49.

³⁰ İpek Özkal Sayan and Aytül Güneşer Demirci, ‘Kamu Personelinin Değerlendirilmesinde Performans Sistemine Geçiş Sürecinin Analizi’ (2018) 73 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 667, 669.

³¹ Merit Systems Protection Board, Erişim Tarihi: 13.08.2024, <https://www.mspb.gov/about/about.htm>



larının ortaya çıkmasında idarenin geniş takdir yetkisi etkili olduğu için yargısal denetim hususunda doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür.³² Hatta Danıştay 8.Dairesi, doçentlik sözlü sınav sonucuna karşı açılan davada sınavın sözlü olması nedeniyle incelenmesine olanak olmadığına karar vermiştir.³³ İlk aşamada yazılı sınavlar bilirkişi yardımıyla incelenirken sözlü sınav sonuçları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılamadığından yargısal denetim yapılamayacağı düşünülmekteydi.³⁴ Sözlü sınavın öğretim işleri dışında kamu personeli sisteminde de kullanımının yaygınlaşmasıyla daha çok ihtilaf ortaya çıkmıştır. Yargıya daha çok yansıyan ihtilaf nedeniyle sözlü sınavlara ilişkin görüşlerin yeniden incelenmesi gerekmiştir.

1982 Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açık olduğu belirtilmektedir. Sözlü sınav da idarenin iş ve işlemlerindedir. Dolayısıyla sözlü sınav sonuçlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu düşünmeye imkân yoktur. Nitekim yukarıdaki yargı kararları zaman içinde değişmiştir.³⁵ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca sözlü sınav nedeniyle menfaati ihlal edilen kişiler iptal davası açabilmektedir. Sözlü sınav nedeniyle atama yapılmaması, unvan değişikliği olmaması, görevde yükselmemesi veya yeterliliği sağlayamaması nedeniyle kamu personelleri sözlü sınavın iptali için dava açmaktadır.

Danıştay'ın bir kararında tanımını yaptığı idari işlem nitelikleri³⁶ ile sözlü sınav uygulaması tam uyum içindedir. Tipik idari işlem olan sözlü sınavların dava konusu edilebileceği yargı kolu idari yargıdır. Bu konuda tartışma bulunmamaktadır. Fakat idari yargıda sözlü sınavın denetiminde hangi ölçütlerin kullanılacağı konusunda içtihat değişiklikleri meydana gelmiştir. İlk aşamada sözlü sınavın denetlenemeyeceği yönünde görüş geliştiren Danıştay, 2000'li yılların başında sözlü sınavın denetimi için ses, görüntü kaydı ve detaylı tutanağı aramaya başlamıştır.³⁷ Aynı şekilde

³² 1961 ve 1982 Anayasa'sı döneminde sınav sonuçlarının dava konusu edilip edilemeyeceği konusunda detaylı tartışmalar yapılmıştır. Hatta 1961 Anayasa'nın hazırlık aşamasında yazılı sınav sonuçları için yargı yolunun kapatılmasına yönelik hazırlıklar yapılmıştır. Anayasa'nın hazırlığında görev alan hocalar arasında görüş farklılığı oluşmuştur. Detaylı bilgi için bkz; Kazım Yenice, 'Not Takdiri ve Denetim' [1980] Danıştay Dergisi 15.

³³ Danıştay 8. D, E 1984/74, K 1984/1345, 05.11.1984. (Danıştay Dergisi, S:58-59, s.300.)

³⁴ Turgut Tan, 'Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi' (1996) 51 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 409, 411.

³⁵ Yasin Sezer and Hüseyin Bilgin, 'Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi' [2009] TBB Dergisi 168, 168.

³⁶ Danıştay 10. D, E 2007/6407, K 2008/3039, 30.04.2008 tarihli kararında "İdari makam ya da mercilerin, idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili olarak, kamu hukuku kurallarını uygulayarak, kamusal alanda tesis etikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki tasarruflar idari işlem olarak tanımlanmaktadır." şeklinde idari işlem tanımına yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

³⁷ Danıştay 8. D, E 2004/341 K 2004/3332, 20.09.2004 tarihli kararında "Oysa, sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesi söz konusudur. Ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan

2008 yılında verilen bir kararda da teknolojik imkânlardan yararlanarak sözlü sınav sürecinin kayıt altına alınmasının hukuk devleti anlayışını güçlendireceği ve etkin yargısal denetim sağlayacağı sonucuna ulaşılmıştır.³⁸ Fakat ses ve görüntü kaydı alınması görüşü bir süre sonra değişerek aksi yönde kararlar verilmiştir.³⁹

Yargı kararlarındaki değişim sözlü sınavın etkin denetimini geliştirip geliştirmediği tartışılmalıdır. Bunun için ilerleyen başlıklarda sözlü sınav kaynaklı davaların ilk inceleme, usul ve esasına dair denetim ele alınacaktır. Yüksek mahkeme kararlarıyla birlikte hukuka uygunluk denetiminin sözlü sınav işleminin tüm unsurları üzerinde nasıl gerçekleştiği açıklanacaktır.

II. SÖZLÜ SINAVIN YARGISAL DENETİMİ

Sözlü sınav işleminin hukuka aykırılıklar barındırdığını iddia eden kamu personelleri idare mahkemesinde dava açabilmektedir. Söz konusu davalarda ilk inceleme sonrasında dosya tekemmül edince esas hakkında karar verilmektedir. Bu nedenle yargısal denetimi ilk inceleme ve esas aşama şeklinde ikili ayrıma tabi tutarak inceleyeceğiz. 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesinde ilk inceleme konuları başlıklar halinde sayılmaktadır. Aynı Kanunda idare mahkemesi veya Danıştay'a ulaşan dilekçeler öncelikle ilk inceleme hususları yönünden hakim tarafından inceleneceği belirtilmektedir. Çalışmamızda tartışma konusu olan ve yargı kararlarına yansıyan ilk inceleme konuları ele alınacaktır. Esas hakkında inceleme ise yargı kararlarındaki değişim de dikkate alınarak "yetki, şekil, sebep, konu ve maksat" başlıklarıyla açıklanacaktır.

A. Davalarda İlk İnceleme Konuları

1. Yetkili Mahkeme

İdari yargılama usulünde yetkili mahkeme konusu, coğrafi bakımdan hangi yerdeki mahkemenin davaya bakacağına tespitleriyle ilgilidir.⁴⁰ 2577 sayılı Kanun'un

değerlendirilmesinin yapılamayacağı, birliki incelemesine de konu edilemeyeceği de açıktır. Dolayısıyla, yazılı ve sözlü sınav arasındaki değerlendirme farklılığı, tek başına hukuka aykırılık sonucunu doğurmaz." gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

³⁸ Danıştay 5. D, E 2007/1771 K 2008/3008, 21.05.2008. (UYAP Bilişim Sistemi)

³⁹ Danıştay 8. D, E 2011/1240 K 2015/1237, 25.02.2015 tarihli kararında "Dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla yürürlükte olan haliyle Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıktan Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik bir bütün olarak değerlendirildiğinde; hukuk devleti ilkesinin gereği olarak sözlü sınavın hukukilik denetiminin yapılabilmesi ve ilgilinin sözlü sınav sırasındaki performansının sonradan değerlendirilebilmesi için soru, cevap ve takdir edilen notun gerekçelerini ortaya koyacak diğer hususların belirtildiği tutanakların tutulması gerekmele birlikte; ses ve görüntü kaydı zorunluluğunun bulunmadığı" sonucuna varılmıştır. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (8th edn, Seçkin 2023) 236.



32/2. maddesinde usul kurallarının uygulanmasında yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla yargılamanın her aşamasında mahkemenin yetkili olup olmadığı incelenebilir. Ayrıca anılan Kanun'da yetki bakımından genel ve özel yetki kuralları öngörülmüştür. Konumuz bağlamında kamu personelleriyle ilgili işler bakımından özel yetki kuralları belirlenmiştir. Kanun'un 33. maddesinde kamu personellerinin atanması ve nakilleri, görevde yükselmesi gibi işler için özel yetki kurallarına yer verilmiştir.

Sözlü sınav uygulaması ile hukuki durumunda değişiklik meydana gelen veya gelmeyen kamu personelinin sözlü sınav işleminin iptali için nerede dava açabileceği konusu tartışmalıdır. Danıştay'ın da görüşlerinde zaman içinde değişimler meydana gelmiştir. Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde kamu personelinin istihdamında görülen sözlü sınav türleri ile kamu personel düzeni arasındaki ilişki sorgulanmaktadır. Sözlü sınavın kamu personel hukuku ile ilişkisi kurulmasına göre yetkili mahkeme tespit edilmektedir.

Sözlü sınavı uygulayan idari merciden ziyade sözlü sınavın kamu personeli hukuki durumu ile ilişkisi dikkate alınmaktadır. Fatsa Polis Merkezi Amirliği emrinde kıdemli başpolis memuru olarak görev yapan kişinin komiser yardımcılığı sözlü sınavı neticesinde başarısız sayılmasına işlemin iptali istemiyle açtığı davada hangi mahkemenin yetkili olacağı konusu tartışılmıştır. Ordu ve Ankara İdare Mahkemeleri arasında yetki uyuşmazlığı meydana gelmiştir. Danıştay anılan sözlü sınavın başpolis memurunun görevde yükselmesiyle alakalı olmadığı, eğitim-öğretim işleriyle ilgili olduğu ve bu nedenle sözlü sınavı uygulayan yer (genel yetki) idare mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir.⁴¹ Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Yüksek Mahkeme sözlü sınav ile kamu personelinin istihdamı ilişkisini incelemiştir. Söz konusu sözlü sınav ilgilinin polis amirleri eğitim merkezine girişiyse alakalıdır. Görevde yükselme ile sözlü sınav arasında doğrudan bir ilişki olmadığını düşünmekteyim.

Diğer yandan sözleşmeli astsubaylıktan muvazzaf astsubaylığa geçiş sözlü sınavı Yüksek Mahkeme tarafından görevde yükselme kapsamında görülmüştür.⁴² Ayrıca görevde yükselmeye dair sözlü sınavın tamamının iptalinin istenmesi halinde genel

⁴¹ Danıştay 8. D, E 2022/6070 K 2022/5039, 21.09.2022 tarihli kararı. Başka bir kararda "Özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetiştirme programı sonrasında yeterlik sınavına tabi tutulan kariyer mesleklere yönelik olarak; sınav ilanından yeterlik sınavı sonrası atanma aşamasına kadar geçen sürece ilişkin olarak tesis edilen işlemler, ilerleme ve yükselme kapsamında olmayıp, mesleğin gerektirdiği niteliklerin kazanılıp kazanılmadığının ölçülmesi aşamasına ilişkin bulunduğundan, davanın, 2577 sayılı Kanun'un 33. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir." gerekçesine yer verilmiştir. Detay için bkz; Danıştay 2. D, E 2024/593 K 2024/1112, 22.02.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁴² Danıştay 2. D, E 2024/1687 K 2024/3039, 20.05.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

yetki⁴³ sadece ilgiliye ait sözlü sınavın iptalinin istenmesi halinde özel yetki⁴⁴ kuralları uygulanmaktadır. Kamu personeli statüsüne girmemiş veya atanmamış kişilerin sözlü sınavın iptali istemiyle açtığı davada genel yetki kurallarına tabi olduğu özel yetkinin uygulanmasına imkân olmadığı yönünde görüş de bulunmaktadır.⁴⁵ Davacının henüz kamu görevlisi olmadığı hallerde sözlü sınavı uygulayan idarenin bulunduğu yer idare mahkemesi davaya bakmakla yetkilidir.

Sözlü sınavlara bakmakla yetkili mahkeme konusunda Danıştay görüşleri oturmuş durumdadır. 2021 yılında askeri hizmetlere dair uyuşmazlıklar için özel yetki kuralı (2577 sayılı Kanun 20/c. maddesi) getirilmiştir. Dolayısıyla Milli Savunma Bakanlığı bünyesindeki kişilerin sözlü sınav nedeniyle açtıkları davalarda; sözlü sınavın eğitim-öğretim veya yürütülen kamu hizmeti işiyle ilişkisi incelenmektedir.⁴⁶ Daha önceki kararlarla uyumlu olarak eğitim-öğretim işiyle ilişkilenen sözlü sınavların yargı denetiminde genel yetki kuralı uygulanması gerektiği görüşü benimsenmiştir.

2. İdari Mercî Tecavüzü

2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tanımı yapılan iptal davasına konu olan idari işleme karşı doğrudan dava açılacağı gibi anılan Kanun'un 11. maddesinde yer alan kural uyarınca, dava açılmadan önce ilgililere, idareye başvuru hakkı tanınmıştır. Bu başvuru idarenin işlem ve eylemini tekraren değerlendirmesi imkânı sunmaktadır. Başvurular zorunlu ve ihtiyari olmak üzere kendi arasında ikiye ayrılmaktadır. Zorunlu idari başvuru yolu kullanılmadan dava açılması halinde ilk inceleme veya ilerleyen aşamada idari mercî tecavüzü kararı verilmektedir.

Anayasa'nın 36.maddesindeki hak arama hürriyeti 13. madde uyarınca ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla doğrudan idari yargıya başvurma hakkını sınırlandıracak bir yöntemin kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin 4734 sayılı Kanun'da şikayet ve itirazın şikayet yolları öngörülmüştür. Yine 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinde idarenin eyleminden kaynaklanan tam yargı davası açıl-

⁴³ Danıştay 2. D, E 2024/1885 K 2024/3447, 04.06.2024 tarihli kararında "birlikte şube müdürü unvanı için yapılan sözlü sınavın tamamının iptalinin istenildiğinin anlaşılması karşısında; bu davada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32/1. maddesinde düzenlenen genel yetki kuralı uyarınca, dava konusu edilen işlemleri tesis eden Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları Genel Müdürlüğü'nün bulunduğu Ankara ilinin yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu Ankara İdare Mahkemesi yetkili bulunmaktadır." gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁴ Danıştay 2. D, E 2022/1576 K 2022/2866, 24.05.2022 tarihli kararında "Uyuşmazlıkta, Bingöl ilinde görev yapan davacının, mülakat sınavında başarısız sayılmasına ilişkin sözlü sınavının iptali talebiyle açtığı bu dava; her ne kadar davacı tarafından, dava dilekçesinin istem ve sonuç kısımlarında tüm sözlü sınavın iptali istenildiği ifade edilmiş ise de dilekçe içeriğinden ve dosyaya sunulan belgelerde davacının kendisine ait sözlü sınavının iptal edilmesini istediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının görevde yükselmesine ilişkin olan uyuşmazlığın çözümünde, 2577 sayılı Yasanın 33. maddesi, 3. fıkrası uyarınca davanın açıldığı tarihte davacının görev yaptığı Bingöl ilinin bağlı bulunduğu Erzurum İdare Mahkemesi'nin yetkili bulunduğu sonucuna varılmıştır." tespiti yapılmıştır. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁵ Danıştay 12. D, E 2024/1122 K 2024/829, 26.02.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁶ Danıştay 2. D, E 2024/770 K 2024/1674, 13.03.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

madan önce idareye başvurulması gerekmektedir. Aksi halde idari merci tecavüzü kararı verilerek dosya ilgili idareye tevdi edilmektedir.⁴⁷

Sözlü sınavlara dair mevzuatta zorunlu idari başvuru yolu belirlenmemiştir. Sözlü sınav sonucuna karşı idareye yapılacak başvuru 2577 sayılı Kanun'un 11. Maddesinde bir başvuru olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Sözlü sınav sonucunun geri alınması, kaldırılması veya yeni bir işlem tesis edilmesi için idari dava açma süresi içinde idareye başvurulabilir. Bu başvuru işleyen dava açma süresini durduracaktır. İsteğin reddedilmesi halinde dava açma süresi yeniden başlar ve ilgililer süreye uyarak dava açabilirler. Burada zorunlu başvuru söz konusu olmadığı için idari başvurudan önce geçen süreler dikkate alınmadan açılan davalarda süre ret kararı verilmektedir. Örneğin, Balıkesir Polis Meslek Eğitim Merkezinde eğitim gören kişinin, eğitim sonu sözlü sınavında başarısız sayılması üzerine CİMER'e yaptığı başvuruya cevaptan sonra dava açma süresini gözetmeden dava açması gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle ret kararı verilmiştir.⁴⁸

Yukarıdaki liyakat koruma kurulu önerimiz gerçekleşirse ilgili kanunda kurula zorunlu başvuru öngörülebilir. Eğer kurula başvuru yapılmadan dava açılırsa mahkeme idari merci tecavüzü kararı vererek dosyayı kurula tevdi edecektir. Sözlü sınavlara dair zorunlu başvuru yolu öngörülmesi idarenin eksiklikleri ve hukuka aykırılıkları önlemesini sağlayacaktır. Ayrıca daha etkin bir yargısal denetim sağlayacaktır.

3. Dava Açma Süresi

İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak geri alıncaya veya iptal edilinceye kadar hukuki varlıklarını sürdürürler. Hak arama hürriyeti kapsamında ilgililer idari işlemlerin iptalini yargı organından isteyebilmektedir. İdari yargıda hak arama hürriyeti belli süre ile sınırlandırılmıştır. Aksi halde idari istikrar zarar görecektir ve idare sürekli dava tehdidi altında kalacaktır.⁴⁹ Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ancak kanunla (13. madde gereğince) sınırlanabilmektedir. Dolayısıyla 2577 sayılı Kanun'da dava açma süresi hakkında çerçeve çizilmiştir.

⁴⁷ Danıştay 15. D, E 2016/433 K 2016/4607, 21.09.2016 tarihli kararında "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13'üncü maddesinde; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurmaları, bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabileceği düzenlenmiştir. Kanun'un 14'üncü maddesine göre yapılan ilk inceleme neticesinde, idari merci tecavüzünün bulunduğu anlaşılması halinde, dava dilekçesinin görevli idare mercisine tevdi edileceği hususu da, Kanun'un 15'inci maddesinin 1. fıkrasının e bendinde düzenlenmiştir." gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁸ Danıştay 12. D, E 2024/1731 K 2024/1699, 02.04.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁹ Ramazan Çağlayan, 'İdarî Yargılama Usulünde Dâvâ Açma Süresine İlişkin Güncel Kararlar Üzerine Bâzi Mülâhazalar' (2022) 26 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207, 210.

İdari yargıda dava açma süresi 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunlarda özel süre öngörülmemesi halinde idare mahkemesinde dava açma süresi altmış gündür. Yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlamaktadır. Kanun'da belirtilen özel dava açma sürelerine örnek olarak ivedi yargılama ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin işler gösterilebilir. Sözlü sınavlar bakımından genel dava açma süresi (60 gün) uygulanmaktadır. Sözlü sınavın düzenlendiği kanunda özel dava açma süresi getirilebilir.

2577 sayılı Kanun'un 20/B. maddesinde Milli Eğitim Bakanlığı ve ÖSYM tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlardan kaynaklanan işler için özel dava açma (10 gün) süresi getirilmiştir. Burada daha çok yazılı sınavlar bakımından uygulama örnekleri görülmektedir. İlan edilen yazılı sınavlarda özel dava açma süresi kabul edilip edilmeyeceği konusunda farklı kararlar verilmiştir. Bunun üzerine özel ve genel dava açma süresinin uygulanması bakımından yakın tarihte Danıştay içtihadı birleştirme kararı yayınlanmıştır. Buna göre özel dava açma süresine tabi bir idari işlemde, dava açma süresinin gösterilmemiş olması halinde, genel dava açma süresinin uygulanması gerekmektedir.⁵⁰ Söz konusu karar yeri geldiğinde sözlü sınavlar içinde geçerli olduğu kanaatindeyiz. Sözlü sınav sonucuna dair işlemde dava açma süresinin belirtilmemesi halinde genel dava açma süresi uygulanmalıdır. Şayet sözlü sınav için özel dava açma süresi öngörülmüş olsa bile işlemde dava açma süresinin belirtilmemesi nedeniyle genel dava açma süresi esas alınmalıdır.

4. Dilekçenin Reddedilmesi

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes hak arama hürriyetine sahiptir. Aynı maddede belirtilen meşru yol ve vasıtalarla bu hak kullanılabilir. İdari yargı alanında dava hakkının kullanılmasının usulü 2577 sayılı Kanunla çizilmiştir. Kanun'un 3 ve 5. maddelerinde dava açılırken gereken hususlara yer verilmiştir. İlk inceleme yapılırken söz konusu hususlarda eksiklik bulunması halinde Kanun'un 15. maddesinde dilekçenin reddedileceği belirtilmektedir. İdari yargıda yazılı yargılama ilkesi geçerli olduğundan dava dilekçesinde şekle dair kurallar belirlenmiştir. Bunların eksikliği adil yargılama hakkını etkileyecektir.⁵¹

Sözlü sınav sonucunun iptali için açılan davalarda da yukarıdaki nitelikler aranmaktadır. Aranan niteliklerin dava dilekçesinde bulunmaması halinde dilekçenin reddi yönünde karar verilmektedir. Bu kararlar temyiz/istinafa tabi olmadıkları için ilk derece mahkemesi kararlarından örnek vereceğiz. Ankara 17. İdare Mahkemesi'nde açılan davada; polis akademisinde eğitim sonu sözlü sınavından başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada başarılı sayılmasına karar

⁵⁰ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E 2021/2 K 2022/1, 15.03.2022. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁵¹ İYUK uyarınca dava dilekçesinde bulunması gereken hususların detaylı açıklaması için bkz; Serkan Çınarlı, Hüseyin Bilgin and Kadir Can Özel, 'Yargı Kararları Işığında İdari Yargıda Şekle Aykırılık Sebebiyle Dava Dilekçesinin Reddi -İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. ve 5. maddesi Bağlamında Değerlendirmeler' (2023) 25 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 477.



verilmesinin istendiği tespit edilince dilekçenin reddine karar verilmiştir.⁵² İdari yargı yeri sadece işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetlemekte ve idari işlem mahiyetinde karar verememektedir. Dava dilekçelerinde yargı organından idari işlem mahiyetinde karar vermesi istenmemesi yönünde Yüksek Mahkeme kararları da bulunmaktadır.⁵³

Diğer yaygın dilekçe ret sebebi sözlü sınavın tamamının iptalinin istendiği durumdur. 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde menfaatleri ihlal edilenlerin işlemlerinin iptalini isteyebileceği belirtilmektedir. Birden fazla kişi sözlü sınava girmekte ve ilgiliye dair sonucun iptali hususunda menfaat olduğu açıktır. Dava dilekçelerinde sözlü sınavın tamamının iptalinin istenmesinde durumunda davacının ne tür menfaati olduğu açıklanması için dilekçenin reddi yönünde karar verilmektedir.⁵⁴ Bu eksiklikler yargılamanın tekemmül sürecini de etkileyeceğinden ilk inceleme aşamasında tereddüt oluşturan hususlar araştırılmaktadır.

Dava dilekçesinin konu, sonuç ve açıklamalar kısmında hangi sözlü sınavın iptalinin istendiğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Yazılı ve re'sen inceleme ilkesine göre hareket eden idari yargı organı elindeki dava dilekçesinin etkin yargılamaya imkân vermesini aramaktadır. Dava dilekçesinin açık ve net olmaması halinde dilekçesinin reddi seçeneği kullanılmaktadır. İlk inceleme aşamasında gözden kaçırılmışsa Danıştay aşamasında dilekçenin reddedilmesi gerektiği yönünde karar verilebilmektedir.⁵⁵ Eksik ve soyut dilekçeyle başlayan yargılama hak arama hürriyetinin gereğini yerine getiremeyecektir. Dolayısıyla dilekçe ret yoluyla davacının talebi somutlaştırılabilmekte ve adil yargılama güçlendirilmektedir, diyebiliriz.

⁵² Ankara 17. İdare Mahkemesi, E 2022/2012, K 2022/1953, 06.10.2022. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁵³ Danıştay 10 D, E 2024/734 K 2024/1280, 03.04.2024; Danıştay 8 D, E 2022/4244 K 2024/886, 23.02.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁵⁴ Ankara 17. İdare Mahkemesi, E 2021/1353, K 2021/1103, 11.08.2021 tarihli kararında ““*Sonuç ve talep*” bölümünde Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğine göre yapılan 11/12/2020 tarihli sınav duyurusu ile ilan edilen 24/05/2021 tarihli unvan değişikliği sözlü sınavının iptalinin istenildiği, bu durumda dava konusu edilen işlemin davacının katılarak başarısız olduğu sınavın mı, başka bir ifadeyle anılan sınavın sadece davacıya ilişkin kısmının mı iptalinin istenildiği, yoksa davalı idarece 24/05/2021 tarihinde yapılan sözlü sınavın tamamının mı iptalinin talep edildiği hususunun açık ve net olarak ortaya konulmadığı, idari yargı mercilerinde açılacak davalarda dava konusu edilen işlemin *tereddüte meydan veremeyecek şekilde tarih ve sayısı belirtilerek açıklanması gerektiği anlaşıldığından dava dilekçesinin bu haliyle 2577 sayılı yasanın 3. maddesine uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.*” gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁵⁵ Danıştay 8 D, E 2010/7141 K 2010/4645, 24.09.2010 tarihli kararında “idari davaya konu edilemeyecek bir biçimde; işlem tesis edilmesine yönelik olarak doçentlik sözlü sınav jürisinin hukuka uygun hale getirilmesinin istenilmesi ve Ankara 13.İdare Mahkemesinin 18/5/2010 gün ve E:2009/1578;K:2010/593 sayılı kararının reddi gibi bir istemde bulunulması suretiyle düzenlenen dilekçede usul hukukuna uyarlık bulunmadığı anlaşılmıştır.” gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

B. Tekemmül Sonrası İnceleme

İdare mahkemelerinde açılan davalarda ilk inceleme yapıldıktan sonra dosyaların tekemmül süreci başlamaktadır. Savunma ve savunmaya cevap dilekçelerinin tebliğinden sonra yasal sürelerin tamamlanmasıyla dosyaların tekemmül ettiği kabul edilmektedir. Eğer uyumsuzluğun esasının açıklığa kavuşturulması için dosyadaki bilgi ve belgeler yeterliyse ara karar yapılmadan esas karar için inceleme yapılabilir.

Sözlü sınavlar, yazılı sınavlara göre esas inceleme aşamasında çeşitli zorluklar barındırmaktadır. Yazılı sınavlarda soru ve cevaplar üzerinde bilirkişi incelemesi kolayca yapılabilirken sözlü sınavlarda böyle bir altyapı söz konusu değildir. Şüphesiz sözlü sınavlarda idarenin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.⁵⁶ Danıştay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre takdir yetkisinin⁵⁷ hizmet gerekleri ve kamu yararına uygun kullanılıp kullanılmadığının denetlenebilmesi gerekmektedir.⁵⁸ Sözlü sınavlarda kullanılan yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının belirlenebilmesi için sınav tutanaklarında gerekçelere yer verilmelidir.

Bu başlıkta 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen yönlerden sözlü sınavların esasının nasıl incelendiğine odaklanılacaktır. Kararlardaki değişim ve mevcut denetim sisteminin hukuk devleti ilkesiyle uyumu ele alınacaktır. Son olarak yargı denetiminin daha elverişli hale gelmesi için önerilere yer verilecektir.

1. Yetki ve Şekil Yönünden

İdare hukukunda yetki ögesi kamu düzenine ilişkin olup yetkili olmak istisna yetkisiz olmak kuraldır. Hangi kişilerin ve organların idare adına irade açıklamaya yetkili olduğu kanunlarda düzenlenmektedir. Anayasa'nın 123. maddesinde de belirtildiği üzere idare kanunla (ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle) kendisine yetki verilen çerçevede hareket etmektedir.⁵⁹ Danıştay kararlarında da mevzuatta gösterilen kişiler ve merci tarafından yetkinin kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁰ İdari işlemlerin tesis edilme aşamasında irade açıklama yetkisi bulunmayan makamların dahil olması işlemi sakat hale getirecektir. Sözlü sınavı uygulayan komisyonun oluşumu aşamasında yetki ögesinden kaynaklı eksiklikler meydana gelebilmektedir. Sözlü sınavın hazırlık ve uygulama aşamasında görev alan kişilerin mevzuatta önceden belirlenen kişiler olması, değerlendirmelerin liyakat ilkesi uyarınca yapılmasını sağlamaktadır.

⁵⁶ Tan (n 34) 412.

⁵⁷ Danıştay 2. D, E 2017/4035 K 2019/3216, 23.05.2019. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁵⁸ İdarenin takdir yetkisinin denetiminde kullanılan ölçütler ülke örnekleriyle beraber Akyılmaz tarafından ele alınmıştır. Yüksek mahkemelerin kararlarıyla konu detaylandırılmıştır. Detay için bkz; Bahtiyar Akyılmaz, 'Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi' (1998) 1 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 23.

⁵⁹ Atay (n 3) 244.

⁶⁰ Danıştay 11. D, E 2007/7022, K 2007/7759, 05.11.2007. (UYAP Bilişim Sistemi)



Diğer yandan şekil unsuru işlemin dış dünyaya yansması veya irade açıklanmasında kullanılan araçları ifade etmek için kullanılmaktadır.⁶¹ İdari işlemin tekemmül aşasının belli bir usule bağlanması daha adil kararlar ortaya çıkmasını sağlamaktadır.⁶² Henüz tesis edilmeden önce idari işlemler bakımından şekil kuralları öngörülmesi kişilerin hukuki güvenliği için gereklidir.⁶³ Şekil ve yetki unsuruna dair idare hukuku kitaplarında detaylıca açıklama yapıldığından burada özelliklerine daha fazla yer vermeyeceğiz. Sözlü sınavlarının yargı denetiminde yetki ve şekil unsuruna dair kararlar üzerinden yetki ve şekil unsuruna dair önerilerimize yer vereceğiz.

Kamu görevine seçilme, atanma, görevde yükselme ve unvan değişikliği sürecinde görev alan sözlü sınav komisyonlarının oluşumuna dair kurallara yer verilmiştir. Örneğin Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik’de sınav kurulunun oluşumuna dair detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Her idareye dair ayrı yönetmeliklerde de kurallara yer verilmiştir. Danıştay kararına konu olan olayda; icra müdür ve icra müdür yardımcılığı sözlü sınav kurulunun oluşumunda Bakan Olur’unda yer alan bilgiye aykırı hareket edildiği gerekçesiyle sözlü sınavın iptaline karar verilmiştir.⁶⁴ Burada aynı zamanda yetki sahibi olmayan kişiler tarafından değerlendirme yapılması söz konusudur. Yüksek Mahkeme sözlü sınav komisyonunun oluşumunu tarif eden mevzuat kurallarına uyulmasını liyakate ve mesleki niteliklere uygun değerlendirme için gereklilik olarak görmektedir.

Sözlü sınavların denetiminde dikkate alınan diğer bir şekil irdelemesi sınav tutanağındaki bilgilere ilişkindir. Öncelikle tutanak sınav anında tutulmalı ve değerlendirmelere yer verilmelidir. Sözlü sınav tarihinden sonra düzenlenen veya doldurulan tutanak işlemin şekle uygun gerçekleştirilmediğini göstermektedir.⁶⁵ Ayrıca her bir komisyon üyesi ayrı değerlendirme yaparak sınav tutanağını doldurmalıdır. Sözlü

⁶¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, vol I (2nd edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2009) 829.

⁶² Peter Cane, *Administrative Law* (4th edn, Oxford University Press 2011) 69.

⁶³ Danıştay 10 D, E 2001/2814, K 2002/3262, 25.09.2002 tarihli kararında “...*idari usul; idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da rekabet ihlalinin saptanabilmesi amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden, Rekabet Kurulu’nun rekabet ihlaline ilişkin bir karar alırken, konuyu Kanun’da öngörülen biçimde incelemek ve araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır.*” gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁶⁴ Danıştay 12 D, E 2023/1816 K 2024/1844, 16.04.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁶⁵ Danıştay 5. D, E 1998/850 K 2001/2530, 07.06.2001 tarihli kararında “*Davaya konu olayda ise, dava dilekçesine ekli bulunan ve dava konusu işlemin davacıya tebliğine ilişkin olan 4.12.1996 günlü yazıdan, anılan mülakat sınavının 23.9.1996 tarihi ile 3.10.1996 tarihleri arasında yapıldığı açık olmasına karşın; dosyada bulunan davacının mülakat sınavına ilişkin tutanağın 18.10.1996 tarihini taşıdığı görülmekte olup; yukarıda belirtilen Yönetmelik maddeleri uyarınca mülakat sınavının yapıldığı gün düzenlenmiş olması gereken bu tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlenmiş olduğunun anlaşılması karşısında, anılan sınavın ve bu sınav sonucunda yapılan değerlendirmenin söz konusu Yönetmelik maddelerinde öngörülen usule uygun olarak yapılmadığı sonucuna varılmıştır.*” gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

sınavların komisyon tarafından gerçekleştirilmesinin gayesi farklı kişiler tarafından kriterlere göre değerlendirme yapılmasıdır. Fakat ortaya çıkan ihtilaflarda bütün komisyon üyelerinin belirlenen kriterler için aynı puanı verdiğinin belirlenmesi halinde idarenin takdir yetkisini kullanırken şekil şartlarına uygun hareket etmediğine karar verilmektedir.⁶⁶ Nitekim böyle bir durum hayatın olağan akışına da aykırıdır. Sınav tutanağında objektif ve nesnel değerlendirme yapılmadığını gösteren durum işlemin şekil unsurunda eksiklik olduğunu göstermektedir.

Sözlü sınavlarda idarenin keyfi davranmasının önündeki temel engel soruların önceden hazırlanması ve cevapların tutanaklara bağlanmasıdır. Bu şekli özellikli sözlü sınava katılan kamu görevlileri arasında kayırmanın oluşmasını önlemektedir. Örneğin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı uzman yardımcılığı sözlü sınavı öncesinde sınav komisyonunca sınavda sorulacak soruların hazırlanmaması, sınav komisyonu tarafından sınav esnasında davacıya sorulan soruların tutanağa bağlanmamış olması sözlü sınavın iptali için gerekçe olarak görülmektedir.⁶⁷ Anayasa'nın 125. maddesi ve hukuk devleti ilkesi uyarınca sözlü sınavın etkin yargısal denetimi için hangi soruların sorulduğu ve ilgilinin hangi cevapları verdiğinin ortaya konulabilmesi gerekmektedir. Aksi halde idari yargı organının denetim yapmasına imkan kalmayacaktır.⁶⁸

Ülkemizde uygulanan sözlü sınavların teknolojik cihazlarla kayıt altına alınması zorunluluğu getiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar Danıştay tarafından bir dönem sözlü sınavda adayın sorulara verdiği yanıtların sesli ve görüntülü kayıt altına alınması sınavın geçerliği ve sıhhati açısından gerekli görülmekteydi⁶⁹ ise de kısa süre içinde bu görüşten dönülmüştür.⁷⁰ Bugün böyle bir zorunluluk aranmamaktadır. İlgililerin verdiği cevapların sınav tutanağında detaylıca yer almadığı ve komisyon üyelerinin kısa değerlendirme yaptığı (yetersiz, başarısız, özgüveni eksik, açıklayamadı) dikkate alındığında yargı organının denetim için daha fazla veriye ihtiyacı olduğu açıktır. Bugünkü haliyle ilerleyen denetim sistemine yönelik eleştiriler yersiz değildir.⁷¹ Eleştirilerle benzer yönde Danıştay'ın idari işlemin yetki ve şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyeceği yönünde görüşü de bulunmaktadır.⁷²

⁶⁶ Danıştay 12. D, E 2023/3671 K 2024/1434, 21.03.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁶⁷ Danıştay 12. D, E 2020/4945 K 2024/759, 21.02.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁶⁸ Danıştay 5. D, E 2007/1771 K 2008/3008, 21.05.2008. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁶⁹ Danıştay 5. D, E 2008/6852 K 2010/1546, 19.03.2010. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁷⁰ Efe Bilke, 'Kamu Görevine Girişte Sözlü Sınav' (2023) 1 Periodicum Iuris 153, 165. Diğer yandan mevzuatta da teknolojik imkanlardan yararlanmayı yasaklayan düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin 657 sayılı Kanun ek 41.maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 27. Maddesinde "mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." ifadesi yer almaktadır.

⁷¹ Şahin (n 10) 93; Bilke (n 70) 165.

⁷² Danıştay 5. D, E 2007/1771 K 2008/3008, 21.05.2008. (UYAP Bilişim Sistemi)



Sözlü sınavların yargısal denetiminin sadece usuli (yetki ve şekil) unsurlar üzerinden gitmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını düşünmekteyiz. Tabii ki, sözlü sınavların uygulanması sürecinde idarenin takdir yetkisi bulunmalı ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararı verilmemelidir. Ama aynı zamanda takdir yetkisinin hizmet gerekleri ve kamu yararına uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlenebilmelidir. Sesli ve görüntülü kayıt bir yöntem olarak tercih edilebilir. Bunun yanında adayların cevaplarını ayrıntılı yazıya dökerek yapay zeka uygulamaları kullanılabilir. Bunun yapılabilmesi için öncelikle sözlü sınavda teknik cihaz kullanılmasını yasaklayan düzenlemelerin kaldırılması gerekmektedir. Böylece idari yargı yeri ilgili hakkındaki değerlendirmenin objektif ve nesnel gerçekleşip gerçekleşmediği denetleyebilmelidir. Nasıl ki yazılı sınavların denetimlerinde işin esasına dair irdelemeler yapılabiliyor ve bilirkişiden yaralanarak uyuşmazlık açıklığa kavuşturuluyorsa, sözlü sınavlarda da daha etkin bir denetim gerçekleştirilebilir.

Nitelikli kamu personeli istihdamı ve kayırmacılığın engellenmesi için sözlü sınavın usuli güvencelere sahip olması gerekmektedir. Yetki ve şekil kuralları sözlü sınava muhatap olacaklar için öngörülebilirlik sağlamaktadır. Değerlendirmenin objektif ve nesnel yapılması için de sınav komisyonunun teşekkülü ve tutanaklar gibi araçlar geliştirilmektedir. Liyakate bağlı sözlü sınav uygulama sürecinin ilk basamağı usuli güvencelerdir. Hem doktrin hem de yargı kararlarındaki ilerlemelerle beraber sözlü sınavın yetki ve şekil unsurlarında daha iyi standartlar oluşturulacağı kuşkusuzdur. Bu unsurlardaki belirlilik ve netlik sözlü sınavın diğer unsurlarının da daha iyi ele alınmasını sağlayacaktır. Nitekim sözlü sınav işleminin unsurlarını birbirinden tamamen ayrı düşünmek mümkün değildir.

2. Sebep ve Konu Yönünden

Hukuk devleti düzeninde idare gelişi güzel işlem tesis etmemektedir. İdareyi işlem yapmaya sevk eden maddi veya hukuki durum bulunmaktadır. İşte idari işlemin ortaya çıkışındaki olgu sebep ögesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁷³ Danıştay'ın bir kararında sebep unsuru idareyi işlem yapmaya sevk eden saik olarak tanımlanmıştır. Yine sebep ögesi için idari işlemde önce gelen ve idari işlemin dayanağı nitelmesi yapılmaktadır.⁷⁴ Bu nitelirmede idari işlemin dayanağı vurgusu önemlidir. En başta dediğimiz gibi gelişi güzel dayanaksız idari işlem ortaya çıkmamaktadır. Her işlemin altında yatan bir sebep bulunmaktadır. Çalışmamız bağlamında sözlü sınav sonucu kamu personelinin başarısız bulunması sonucunun sebebi/gereğesi üzerinde duracağız. Kamu personelinin atanmaması, görevde yükselmemesi, unvan değişikliği olmamasının nedeni olan sözlü sınavın sebep unsuru yönünden irdelemesi yapılabilirmekte midir? Bu sorunun cevabı aranmalıdır.

İdari işlemin konu unsuru, işlemin tesis edilmesiyle ortaya çıkması beklenen

⁷³ K Burak Öztürk, 'İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi', *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, vol 2 (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 1040.

⁷⁴ Danıştay 13. D, E 2018/4015 K 2019/408, 14.02.2019. (UYAP Bilişim Sistemi)

neticedir. İşlemin hukuk âleminde meydana getirdiği değişiklikler konu ögesiyle ilgilidir. İdari yargıda işlemin konu unsuru denetlenirken işlemle ortaya çıkan sonuç irdelenmektedir.⁷⁵ Sözlü sınavın uygulanması sonucu kamu personelinin başarısız sayılması veya yetersiz bulunması işlemin konu unsurunu oluşturmaktadır. İdari işlemin konu ve sebep unsuru arasında yakın ilişki bulunmaktadır. Bağlı veya takdir yetkisinin bulunduğu hallerde ulaşılmak istenen sonucun gerçekleşmesi için belli sebebin ortaya çıkması gerekmektedir.⁷⁶ Mevzuatta idari işlemin konu unsuru genellikle önceden belirlenmektedir. Bağlı yetki halinde sebep ögesi de mevzuatta yer bulmuştur. Takdir yetkisinde ise sebep ile konu ögesi arasında otomatik neden-sonuç ilişkisi yoktur. Burada idare sebep unsuru yönünden seçim yetkisine sahiptir. Aynı şekilde işlem sonucuna ulaşma veya ulaşmama konusunda karar alıcılar esneklik içerisindedir. Ama mevzuatta yetki verilmeyen konu üzerinde haklı sebeplerle işlem tesis edilmesi hukuka uygun hareket edildiği anlamına gelmemektedir. Danıştay kararına konu olan olayda devlet ormanı vasfında olan taşınmazın kamu yararı dışında irtifak hakkına konu edilmesi yok hükmünde kabul edilmiştir.⁷⁷ Görüldüğü üzere yargı yerlerince kamu yararına dayanan sebeple konu arasındaki ilişki irdelenmektedir.

Yargı kararlarında idari işlemin sebep ve konu unsuru genelde birlikte zikredildiği⁷⁸ için çalışmamızda da birlikte inceleme ihtiyacı duyduk. Sözlü sınav işlemiyle kamu personelinin bilgi, görgü ve tecrübesi ölçülmektedir. Yani sözlü sınavın konu unsuru personelinin başarılı veya yeterli olmasıdır. Veyahut daha özel olarak atamanın yapılması, terfi ettirilmesi, görevde yükselmesi, unvan değişikliği gibi şekillerde sözlü sınavın konu unsuru türleriyle karşılaşmaktayız. Sözlü sınavların

⁷⁵ Muhammed Göçgün, 'İdari İşlemin Konu Unsuru' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) 20.

⁷⁶ Güher Ulu, 'İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi' (2020) 19 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 74, 94.

⁷⁷ Danıştay 8. D, E 1999/1382 K 2001/6147, 26.12.2001 tarihli kararda "Orman sayılan yerlerin orman sınırları dışına çıkarılması ve orman alanlarının azaltılması görevi Orman Bakanlığının yetkisi içindedir. Bu durumda, Anayasa ve orman yasasının hükümleri uyarınca kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacak olan ve devlet ormanı vasfında bulunan taşınmazın, orman statüsü ve rejiminden çıkarılması ve hazine adına tescili ile Maliye Bakanlığınca Abant İzzet Baysal Üniversitesi adına tahsisi işlemleri yok hükmündedir. Yoklukla özrürlü bir işlem hukuk âleminde sonuç doğuracak bir işlem olarak kabul edilmeyeceğinden, bu işlemlere karşı açılan davalarda süre aranmayacağından, davanın süre aşımından reddinde hukuki isabet görülmemiştir." gerekçesi yer almaktadır. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁷⁸ Danıştay 5. D, E 1998/1346 K 2001/4937, 11.12.2001 tarihli kararda "idare hukukunda sebebin, işlem tesisinden önce var olan ve idareyi bir karar almaya, işlem kurmaya götüren hukuki ve fiili bir durum olduğu, idarenin işleme gösterdiği sebebin o işlemi haklı kılan hukuken geçerli bir sebep olmasının zorunlu olduğu, dava konusu işlemin sebebinin ise salt istihbari nitelikte bir bilgiden ibaret olduğu, bunun gerçek ve hukuken geçerli bir neden olmadığı, hizmet gereklerinin yönünden de işlemin kurulmasını gerekli ve haklı kılmadığı, belirtilen nedenle dava konusu işlem de neden ve konu yönünden mevzuata uyarlık..." tespitinde bulunulmuştur. Aynı şekilde Danıştay 12. D, E 2009/9367 K 2012/3978, 08.06.2012 tarihli karar. (UYAP Bilişim Sistemi)



idare mahkemelerinde dava konusu edilmesi halinde ilk olarak ortaya çıkan somut hukuki durum veya değişikliğin sebebi araştırılmaktadır. Sözlü sınavın başarısızlıkla sonuçlanmasının sebebi olarak (büyük çoğunlukla) sınav tutanağı sunulmaktadır. Sınav tutanağının sunulmaması işlemi sebep unsuru yönünden sakatlayacaktır.⁷⁹ Böyle bir durumda işlemin gerekçesi de açıklanamamış olacaktır. Sözlü sınav işleminin sebep unsurunu sorular, sorulara verilen cevaplar ve ilgilinin performansı oluşturmaktadır. Yüksek Mahkeme, sözlü sınav sonucuna karşı açılan davada, sözlü sınavda ilgilinin sadece başarısız olduğuna dair tutanak tutulması ve soru/cevapların sunulmaması nedeniyle işlemin sebep unsurunda sakatlık olduğuna karar vermiştir.⁸⁰ Görüldüğü üzere sözlü sınavın sebep unsuru bakımından soru, cevap ve ilgilinin performansı gibi teknik veriler ortaya konulmaktadır.

Günümüzde sebep unsurunun eksik yerine getirildiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla kamu personeli için ortaya çıkan hukuki durumun (konu) yeterince incelenememesi durumu meydana gelmektedir. Mahkeme kararlarının incelenmesiyle kamu personeline sözlü sınavda sorulan soruların idare tarafından sunulduğu ve fakat davacının verdiği cevapların detaylıca sunulmadığı görülmektedir. Ayrıca kamu personelinin sözlü sınav performansının yetersizliğine dair somut gerekçeler sunulmamaktadır. Sözlü sınav tutanaklarında “yetersiz, başarısız, yeterli değil” gibi kısa ve soyut ifadeler yer almaktadır. Verilen puan ve kısa değerlendirmelerin gerekçesinin hukuka uygun olup olmadığının eldeki verilerle yapılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.⁸¹ Yargı denetiminin işlevselliğini artıracak şekilde sebep ögesi güçlendirilmelidir. Zira yargısal denetim aşamasında idari işlemin sebep unsurunun değerlendirilmesi esastır.⁸²

Sözlü sınav sonucunda kamu personelinin yetersiz bulunması veya atanmamasının hukuken yerinde olup olmadığının belirlenebilmesi için değerlendirmenin nasıl yapıldığının anlaşılabilmesi gerekmektedir. Yine konu unsurunu meydana getiren sebebin incelenebilmesi gerekliliği ile karşılaşmaktayız. Danıştay’ın idari işlemin sebep ve konu unsuru arasındaki ilişkiyi sorguladığı bir kararında; işleme dayanak idare değerlendirmesinin somut ve bilimsel verilere dayandırılmaması işlemin iptalinde gerekçe olarak kabul edilmiştir.⁸³ Dolayısıyla sözlü sınavın uygulanma

⁷⁹ Bilke (n 70) 166.

⁸⁰ Danıştay 8. D, E 2004/1367 K 2004/3878, 19.10.2004. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁸¹ Aynı yönde görüş için bkz; Bilke (n 70) 168.

⁸² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2007/1800 K 2011/267, 21.04.2011 tarihli kararında “... idari işlemin “sebeb unsuru” çerçevesinde, yalnız dava konusu işleme hasren değil, idarelerin tüm işlemleri açısından, işlem tesisinden önce mevcut olan hukuki ve objektif sebebin idari işlemin niteliği ve kapsamı ile orantılı bir biçimde dayanağı bilgi ve belgeler eklenerek ortaya konulması idari işlemin temel ilkelerinden olup yargısal denetim sırasında bu unsurun değerlendirilmesi esastır.” tespiti yapılmıştır. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁸³ Danıştay 10. D, E 2022/6628 K 2023/7557, 28.11.2023 tarihli kararında “Uyumsuzluk konusu olayda ise, davalı Bakanlık tarafından bu yönde gerekli araştırma ve inceleme yapılmaksızın sadece Gümüşhane İl İdare Kurulu, İl Genel Meclisi ve Vali görüşü dikkate alınarak karar verildiği görül-

aşamasında ölçülebilir ve denetlenebilir usuller belirlenmelidir. Yargı organlarının hukuki denetim için bunları aradığı açıktır. Liyakate dayalı değerlendirme süreci inşa edilmesi hukuk devletindeki idarenin görevi olduğu kanaatindeyiz. Bu durum hukuk alemindeki değişikliklerin geçerli sebeplerle açıklanabilmesini sağlayacaktır. İdari işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması idare hukukunun bilinen ilkelerindedir⁸⁴ ve bu durum sözlü sınav için de geçerlidir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sözlü sınava katılan kamu personelinin cevapları ve performansının yargı organınca denetlenmesine imkân verecek altyapı oluşturulmalıdır. Mevcut haliyle sözlü sınavın içeriğine dair yargı denetimi yapılamadığı ortadadır. Sözlü sınav sonucunun yeterli ve somut gerekçeleri sunulabilmelidir. Hukuka bağlı idare, liyakat ilkesini koruyacak şekilde hareket etmelidir. Kamu istihdam sistemimizde sözlü sınav geniş etkisiyle liyakat ilkesini etkilemektedir. Yargı organı liyakate aykırı değerlendirmeleri sebep ögesini inceleyerek tespit edebilir. Buradaki konu sadece yargı organının içtihatlarıyla çözülecek gibi değildir. Yasama organı tarafından sözlü sınavın gerekçelerini somutlaştıracak ve detaylandırarak yönde düzenleme yapılması gerekmektedir. Akabinde yargı kararlarında içeriğe yönelik daha detaylı incelemeler yapılacaktır.

3. Maksat Yönünden

İdari işlemin maksat unsuru, işlemle ulaşılmak istenen nihai sonucu ifade etmektedir. İdari karar alıcıların niyeti idari işlemin amaç unsuruna vücut vermektedir. Bu yönüyle söz konusu ögenin subjektif nitelikte olduğu iddia edilmektedir.⁸⁵ Fakat doktrindeki ortak görüş idari işlemlerin tesis edilmesinde doğal amacın kamu yararı olduğudur.⁸⁶ Sözlü sınavın amaç unsuru irdelenirken idarenin işlemi yapmaktaki maksadı irdelenmektedir. Burada sözlü sınav uygulamasının liyakati koruma, objektif değerlendirme ve mesleğin gerektirdiği nitelikleri tespiti hizmet edip etmediği tartışılmalıdır. İdari yargı yeri de sözlü sınavı gerçekleştirenlerin siyasi, kişisel ve diğer

mektedir. Her ne kadar dava konusu işlemde, idari bağıllık değişikliğinin, coğrafi durum, iktisadi şartlar ve kamu hizmeti gerekleri açısından yarar sağlamayacağı değerlendirildiği belirtilmiş ise de; söz konusu değerlendirmeye esas olacak şekilde Bakanlık ya da davalı Valiliklerce herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadığı, bu haliyle mevcut değerlendirmenin Yönetmelikte belirlenen açık ve net kriterlere rağmen somut ve bilimsel verilere dayandırılmadığı anlaşılmaktadır.” gerekçesine yer verilmiştir. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁸⁴ Danıştay 2. D, E 2004/1631 K 2005/2474, 11.07.2005 tarihli kararında “657 sayılı Yasada memurların kurumun içinde geçici olarak görevlendirilmesi ile ilgili bir düzenleme yer almamakla birlikte belli bir hizmetin yürütülmesini sağlamak için zorunlu nedenlerin doğması halinde memurun süresi belli edilmek koşuluyla geçici olarak görevlendirilebileceğini kabul etmek idari işleyişin düzeni açısından gerekli kurallara bağlanmış olup, memurların görevlendirilmeleri konusunda idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı amacı ve hizmet gereği ilkeleriyle sınırlı olduğu, takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması gerektiği İdare Hukukunun bilinen ilkelerindedir.” tespitinde bulunmuştur. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁸⁵ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (11th edn, Seçkin 2019) 526.

⁸⁶ Göçgün (n 75) 16.



sübjektif amaçları güdüp gütmemediğini incelemektedir. Amaç unsurundaki sakatlığı tespit etmek biraz güçtür. Sözlü sınavın tekemmül sürecindeki belgeler, sorular, komisyonun oluşumu gibi veriler amaç unsurunun incelenmesinde yol gösterebilir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği bir kararda da bütün idari işlemlerin kamu yararı amacı taşınması gerektiği konusunda tartışma bulunmadığı ifade edilmiştir. Aynı kararda kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar ve mali çıkar sağlama amacı güdülmemesi gerektiği vurgulanmıştır.⁸⁷ Sözlü sınavın uygulandığı kamu personel işlemlerinde de kamu yararı dışında bir amaç güdülmemelidir. Kamu personeli istihdamında sözlü sınav aracılığıyla personelin hukuki durumu değiştirilmektedir. Bu değişim sürecinde kamu hizmetinin gereklerine ve kamu yararına uygun sonuçlara erişmek temel amaçtır. Çalışmanın başında da ifade ettiğimiz gibi sözlü sınavlar yazılı sınavların tamamlayıcısı olarak kayırmacılığı önleme amacı taşımaktadır. Sözlü sınavın maksat unsuru yönünden denetiminde tutanaklar, sorular ve puanlamaların ilgilinin performansını ölçmeye ve kamu yararını gerçekleştirmeye hizmet edip etmediği araştırılmaktadır. Bu unsur irdelenirken sebep unsuruna başvurulması gerekmektedir. Çünkü işlemin gerekçesi detaylıca incelenmeden sözlü sınavın amacının tam anlamıyla incelenmesi mümkün değildir.

Sözlü sınavın maksat unsuru irdelenirken yazılı sınavın nesnel sonuçlarını ortadan kaldıracı nitelikte olup olmadığı yeni kriter olabilir. Nitekim davaya konu olan olayda; KPSS sınavından 88,08 puan alarak Türkiye sıralamasında 46'ncı olan kişinin, sözleşmeli öğretmenlik sözlü sınavında eğitim bilimleri ve genel kültür bilgisi kriterlerinden sıfır puan alması hayatın olağan akışına aykırı bulunmuştur. Mahkeme eğitim bilimleri ve genel kültür konularından sorulan sorulara hiç cevap verememiş olmasının ve hiçbir gerekçe gösterilmeksizin eğitim bilimleri ve genel kültür konularından yapılan değerlendirmede 20 puan üzerinden 0 (sıfır) puan verilmesini takdir yetkisinin objektif kullanılmadığına gerekçe kabul etmiştir.⁸⁸ Mahkemenin bu tespitlerine göre, sözlü sınavın amaç unsurunun denetiminde yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılması ölçütü dikkate alınmıştır. Bu yeni ölçüt idari yargı alanında içtihat gelişimi sağlayacağını düşünmekteyiz.

İdari faaliyetin insan unsuru olan personelin seçimi, yetiştirilmesi, unvan değişikliği sürecinde liyakat amaç edinilmezse rasyonel ve verimli işler ortaya çıkamaz. Danıştay kararına konu olan bir olayda da idari işlemlerde kamu yararını sağlama amacı gözardı edilirse kamu personelinin en yararlı olabileceği görevde istihdam edilmeyeceği ve sonuç olarak kamu hizmetinin kalitesini olumsuz etkileyeceği tespitinde bulunulmuştur.⁸⁹ Bu nedenle kamu personel sistemimizde kullanılan sözlü

⁸⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2006/3505 K 2010/565, 08.04.2010. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁸⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, E 2019/883 K 2019/1812, 21.11.2019. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁸⁹ Danıştay 2. D, E 2021/16100 K 2021/1793, 27.05.2021 tarihli kararında "Atama işlemi, kamu hizmetinin rasyonel ve verimli bir biçimde görülmesi için tesis edilmesi gereken bir tasarruf ol-

sınavın kamu yararı dışında amaçlar için kullanılması kamu hizmetleri ve düzeni faaliyetlerine doğrudan etki edeceği ortadadır. Toplumun daha kaliteli hizmetlere erişmesi ile sağlık ve güven içinde kamu düzeninin devamı için kamu personel sistemimizin odak noktasına liyakatin alınması gerekmektedir. Bu odağın belirlenmesinde idari yargı yerlerinin etkin denetimle büyük katkısı olacaktır. Kamu yararı dışındaki sözlü sınav uygulamalarının iptal edilmesi ve bu konuda içtihat geliştirilmesi idareye yol gösterecektir.

Yazılı sınavdaki başarının sözlü sınavda tam tersi yönde olması hayatın olağan akışıyla örtüşmemektedir. İdari yargı mercii, sözlü sınavdaki kriterler ve puanlamaların yazılı sınavın sonucuyla uyumunu da incelemelidir. Uyumsuzluğun somut ve kabul edilebilir gerekçesinin sunulmaması iptal için gerekçe olabilir. Zaten yukarıdaki mahkeme kararında da bu yönde irdeleme yapılmıştır. Sözlü sınav sonucu başarısız olunması incelenirken varsa yazılı sınav sonuçlarıyla uyum dikkate alınması sözlü sınavlarda yeni bir içtihat gelişimi sağlayacaktır.

4. Yargı Kararları Işığında Sözlü Sınava İlişkin İlkeler

Sözlü sınavların denetiminde ilk inceleme ve esas şeklinde ikili bir ayrım yaptık. İlk inceleme hususlarında çok tartışmalı konular bulunmamakla birlikte Danıştay'ın farklı yöndeki kararlarını inceledik. Fakat sözlü sınavın unsurlarının incelendiği esas denetiminde değişen ve ihtilaf barındıran hususlar bulunmaktadır. Yıllar içerisinde Anayasa Mahkemesi ve Danıştay sözlü sınava dair çerçeve oluşturmaya ve temel ilkeler belirlemeye çalışmıştır. Bu başlıkta söz konusu kararlardaki ilkeleri özetleyerek daha nasıl geliştirilebilecekleri üzerine görüş beyan edeceğiz.

Sözlü sınavların görüntülü ve sesli cihazlarla kayıt altına alınmasını zorunlu kılan bir kural ülkemizde (günümüzde) bulunmamaktadır. Geçmişte yargı kararlarıyla tartışılan bu konu, yukarıda yer verdiğimiz yasal düzenlemelerle aksi yönde düzenlenmelere konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi de sözlü sınav sırasında kayıt cihazı kullanılmasını yasaklayan kuralı incelediği kararında; kayıt cihazının yargı kararlarıyla gündeme getirildiği ve anayasal bağlayıcılığı olmadığını ifade etmiştir.⁹⁰ Hem Danıştay hem de Anayasa Mahkemesi'nin son kararlarında sesli ve görüntülü cihaz gerekliliği konusunda istikrar oluşmuştur. Yüksek mahkemeler sözlü sınav esnasında kayıt cihazı zorunluluğu aramamaktadır. O nedenle doktrinde de sözlü sınavı kayıt cihazı zorunluluğu kısır döngüsünden çıkarıp yeni araçlar geliştirilmesine zemin hazırlanmalıdır.

Danıştay'ın sözlü sınavın hukuki denetime elverişli olup olmadığı kararlarından etkin yargısal denetimin nasıl yapılacağı noktasına gelmiş bulunuyoruz. Sözlü sınavlar da diğer idari işlemler gibi tüm unsurlarıyla denetlenmelidir. Yukarıda yer

duğundan, bunun, hizmetin en iyi şekilde yerine getirilmesi ve kamu görevlisinin en yararlı olabileceği yer ve görevde çalıştırılması maksatlarıyla yapılması, nihayet kamu yararının sağlanması amacıyla dayalı bulunması gerekmektedir." tespiti yer almaktadır. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, E 2009/63 K 2011/66, 14.04.2011.



verdiğimiz birçok Danıştay kararında sözlü sınavın sadece yetki ve şekil unsurları üzerinden denetlenmesi eleştirilmektedir. Aynı kararlarda hukuk devleti ilkesinin idarenin yargısal denetimini ortadan kaldıracak veya bu denetimi imkansız kılacak işlemlere engel olduğu tespiti bulunmaktadır. Bu tespit sözlü sınav uygulamalarını şekillendirmelidir. İdare sözlü sınavı gerçekleştirirken yargı organının etkin denetimine imkan verecek şekilde süreci planlamalıdır. Sözlü sınavın sadece usulen denetlenmesi değil tüm unsurlarıyla denetlenmesi hukuk devletini güçlendirecek ve güvenceli bir kamu personel sistemi inşa etmemizi sağlayacaktır.

Hukuka bağlı idare öncelikle insan unsurunu istihdam ederken sözlü sınav sonucunun yargısal denetimini sağlayacak alt yapıyı tüm unsurlarıyla oluşturmalıdır. Hali hazırda ülkemizdeki sözlü sınavlarda tutanak tutulması ve ayrı puanlama yapılması hem mevzuatta hem de yargı kararlarında oturmuş bir unsurdur. Mevzuatta açık düzenlemenin olmadığı dönemde bile Danıştay kararında idarenin bu altyapıyı kurma zorunluluğu zikredilmiştir.⁹¹ Sınav komisyonu üyelerinin ayrı ayrı puanlama yapması sözlü sınavlarda aranan usuli ilke haline gelmiştir. Hatta sınav komisyonu üyelerinin her bir kriter yönünden aynı puanı vermesi sözlü sınavın iptal edilmesinde gerekçe olarak kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme sözlü sınav kurulunun tüm üyeleri tarafından aynı puanın verilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve takdir yetkisinin objektif kullanılmadığı kanaatine varmıştır.⁹² Bu standartlar daha nesnel ve hukuken kabul edilebilir bir sürecin geliştirilmesini sağlayacaktır.

Sözlü sınavın bir komisyon tarafından uygulanması, soru ve cevapların tutanağa bağlanması, soru çektirilmesi yargı kararlarıyla prensip haline getirilmiştir. Bu prensiplerin geliştirilmesi gerekmektedir. Başta ilgilinin verdiği cevapların daha detaylandırılması gelmektedir. Mahkeme kararları incelendiğinde sözlü sınava katılan kişinin verdiği cevaplara dair çok kısa ve yetersiz ifadeler yer verildiği görülmektedir. Adayın performansının daha da somutlaştırılması ve yargı yerinin denetimine imkan verecek şekilde detaylandırılması gerekmektedir. Bu durum sözlü sınavın sebep ögesine dair eleştirileri de azaltacaktır. Zira adayın başarısız kabul edilmesi objektif ve nesnel verilere dayandırılmış olacaktır.

Yazılı sınav ile sözlü sınav birbirini tamamlayan parçalardır. Bu nedenle sözlü sınavın denetlenmesi esnasında yazılı sınav sonuçları da dikkate alınmalıdır. Yüksek Mahkeme bu durumu sözlü sınavın tamamlayıcı olması ve yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılmaması şeklinde formülize etmiştir. Sınavlar ilgilinin bilgi, yetenek, liyakati ve kültürel birikimini ölçmeyi amaçlamaktadır. O neden-

⁹¹ Danıştay 12. D, E 2008/535 K 2008/3422, 09.06.2008 tarihli kararında “Yukarıda metnine yer verilen yönetmelikte sözlü sınav konuları ve sözlü sınavda adayların hangi yönlerden değerlendirilmeye tabi tutulacağı hususları düzenlenmiş olduğundan, sorulara verilen cevaplar ve belirtilen hususlar yönünden adaylara komisyon üyelerince takdir edilen puanların ayrı ayrı belirtilmesi zorunluluğu anılan düzenlemenin doğal bir hukuki sonucudur.” gerekçesi yer almaktadır. (UYAP Bilişim Sistemi)

⁹² Danıştay 12. D, E 2023/3310 K 2024/2731, 29.05.2024. (UYAP Bilişim Sistemi)

le sözlü sınavı yazılı sınavdan çok ayrı görmek mümkün değildir. Örneğin yazılı sınavda dereceye girmek ve sözlü sınavda son sıralarda yer almak hayatın olağan akışına uyan bir durum değildir. Nitekim yukarıda bu yönde Danıştay kararlarına yer vermiştik. Kamu personelinin başarısız kabul edilmesi sebebi bu yöntemlerle daha detaylı irdelenebilir. Sözlü sınavın tamamlayıcı olması ve yazılı sınavın nesnel sonuçlarını ortadan kaldırmaması ilkesi ile re'sen araştırma ilkesi birlikte düşünüldüğünde idari yargı yerleri daha geniş denetim imkanı geliştirebilir.

SONUÇ

Normal idari işlemlerden farklılaşan yönleri nedeniyle sözlü sınavların yargısal denetiminde çeşitli zorluklar meydana gelmektedir. Hatta Danıştay'ın ilk kararlarında sözlü sınavların yargısal denetimine imkan olmadığı yönünde görüşler olduğunu aktarmıştık. Yargının o görüşünden bugün usul ve esasının denetlenebileceği görüşüne varılmıştır. Fakat bugün tartışılması gereken başka bir soru ortaya çıkmıştır. Sözlü sınavların yargısal denetimi etkin bir şekilde yerine getirilmekte midir? Çalışma boyunca bu sorunun cevabını ararken Yüksek mahkeme kararları ve sözlü sınavların unsurlarını ayrıntılarıyla ortaya koyduk. Danıştay kararlarında da yer verildiği üzere sözlü sınavların sadece yetki ve şekil unsurları üzerinden denetimi hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyeceği ortadadır.

Kamu personelinin yeterliliği, kalitesi ve görevin gerektirdiği nitelikleri ölçmek için yararlanılan sözlü sınavın amacına uygun kullanılması gerekmektedir. Bunun için idarenin alacağı önlemler olduğu gibi idareyi etkileyen yargı kararlarının da etkisi büyüktür. İdari işleyişi yargı kararlarının etkilediği bilinen bir gerçektir. Bu nedenle sözlü sınavın subjektif değerlendirmelere ve kayırmacılığa zemin hazırlamamasında etkin yargısal denetimin katkısı olacaktır. Dolayısıyla usuli denetimin aşılp işin esasını incelemeye imkân veren denetim sisteminin geliştirilmesi gerekmektedir. Doktrinde sözlü sınavların yargısal denetimi konusu daha çok sesli ve görüntülü kayıt sistemi şekil unsuru üzerinde tartışılmaktadır. Fakat konunun burada sıkışması ve yeni bir çözüm üretilememesi kabul edilemez. Çalışmamızda bu yönde değindik; ama yasal düzenleme ve teknik altyapı gibi zorluklar nedeniyle sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt sistemi gerekliliğini aşarak yargının yeni ölçütler geliştirip geliştirmeyeceğini ele aldık.

Sözlü sınavın sebep unsurunun detaylı denetimi konu ve amaç unsurunun da denetimini sağlayacaktır. Bugün kamu personelinin sözlü sınav sonucunda başarısız bulunmasının hukuki denetiminde ilgilinin verdiği cevaplar ve performansının yetersiz olması idare tarafından gerekçelendirilmelidir. Sınav tutanağındaki kısa ifadeler (başarısız, yetersiz, iyi değil, ifade edemedi) idarenin takdir yetkisini kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı uyarınca kullanıldığını göstermeye yetmemektedir. Dolayısıyla yargı kararlarında idarenin sunduğu gerekçelerin somut ve kabul edilebilir olup olmadığı daha çok tartışılmalıdır.



Kamu personel düzenimizde sözlü sınavın uygulaması her geçen gün artmaktadır. Şayet ülkemizde liyakate dayalı kamu personel sistemi oluşturulmak isteniyorsa sözlü sınav usulünün çerçevesi netleştirilmelidir. Burada öncelikli görev yasama organına düşmektedir. Konumuz bağlamında Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarıyla ölçütlerini netleştirerek yasa koyuculara rehberlik edebilir. Sözlü sınavın yazılı sınavın tamamlayıcısı olması, sözlü sınavın yazılı sınavın nesnel sonuçlarını ortadan kaldırmaması gibi yeni ölçütlerle sözlü sınavların daha etkin denetimine yol açılabilir. Böylece sözlü sınavın yargısal denetiminin daha çok yetki ve şekil unsuru üzerinden gerçekleştiği eleştirisi de zayıflatılmış olacaktır.

Son yargı kararları incelendiğinde sözlü sınav sonucu başarısız bulunan kamu personelinin verdiği cevaplar, performansı ve yetersizliğini gerekçelendirebilecek bilgilerin sunulmadığı görülmektedir. İdare işlemin tekemmül aşamasının hukuka uygun şekillenmesine yargı kararları katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla sözlü sınavlara dair yargı denetiminde idarenin daha detaylı bilgi sunması istenmelidir. Böylelikle sözlü sınavın altyapısı yazılı, objektif, somut ve ayrıntılı olacak şekilde yeniden düzenlenecektir. Kamu personel düzenimizin liyakat ilkesi uyarınca şekillenmesi bakımından sözlü sınavların hukuki denetiminde işin esasını ortaya koyacak yeni ölçütlere ihtiyaç bulunmaktadır.

Çalışmamızda sözlü sınavın hukuka uygunluk denetimine yönelik öneriler sunduk. Sözlü sınavın denetim geçmişini incelediğimizde, içtihat değişiklikleriyle denetim usulünün değiştiğini ortaya koyduk. Hatta yasal düzenlemelerin tetiklendiği görülmektedir. Dolayısıyla Yüksek mahkeme içtihatlarının değişmesi yasal düzenleme ve yargısal denetimde ilerlemeler sağlayacağı ortadadır. Çalışmamızın bu değişime katkı sunacağını umuyoruz.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, 'Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi' (1998) 1 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 23

Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (17th edn, Seçkin 2023)
—, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (8th edn, Seçkin 2023)

Atay EE, *İdare Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2022)

Bilke E, 'Kamu Görevine Girişte Sözlü Sınav' (2023) 1 Periodicum Iuris 153

Blackburn S, *A Dictionary of Philosophy* (3rd edn, Oxford University Press 2016)

Bunson M, *Encyclopedia of Ancient Rome* (3rd edn, Infobase Learning 2012)

Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (11th edn, Seçkin 2019)

—, 'İdârî Yargılama Usûlünde Dâvâ Açma Süresine İlişkin Güncel Kararlar Üzerine Bâzı Mülâhazalar' (2022) 26 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207

Camp PM and Lomax WR, 'Bilateralism and the Merit Principle' (1968) 28 Public Administration Review 132 <<https://www.jstor.org/stable/974079?origin=crossref>> accessed 13 August 2024

Cane P, *Administrative Law* (4th edn, Oxford University Press 2011)

Çınarlı S, Bilgin H and Özel KC, 'Yargı Kararları Işığında İdari Yargıda Şekle Aykırılık Sebebiyle Dava Dilekçesinin Reddi -İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. ve 5. maddesi Bağlamında Değerlendirmeler' (2023) 25 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 477

Demirelli L and Aydın R, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Türk Kamu Personel Yönetiminin Örgütlenmesi' [2020] Yasama Dergisi 49

Foley M and others, 'Best Person or Best Mix? How Public Sector Managers Understand the Merit Principle' (2022) 81 Australian Journal of Public Administration 401

Göçgün M, 'İdari İşlemin Konu Unsuru' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016)

Gözler K, *İdare Hukuku*, vol I (2nd edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2009)

Özbek M, 'İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)' [2005] TBB Dergisi 90

Özkal Sayan İ, 'Türkiye'de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı' (2009) 64 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 201

Özkal Sayan İ and Güneşer Demirci A, 'Kamu Personelinin Değerlendirilmesinde Performans Sistemine Geçiş Sürecinin Analizi' (2018) 73 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 667

Öztürk KB, 'İdari İşlemin Sebep Unsur: Yeni Bir Tanım Denemesi', *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, vol 2 (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020)

Öztürk NK, 'Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu' [2002] Türk İdare Dergisi 129

Şahin E, 'Kamu Görevlisi Alımında Sözlü Sınav ve Mülakat Yöntemleri İle Yargısal Denetim Sorunu' (2023) 81 Ankara Barosu Dergisi 63

Sezer Y and Bilgin H, 'Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi' [2009] TBB Dergisi 168

Tan T, 'Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi' (1996) 51 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 409

Ulu G, 'İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi' (2020) 19 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 74

Uz A, 'Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi' (2011) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59

Yenice K, 'Not Takdiri ve Denetim' [1980] Danıştay Dergisi 15



OLAĞANÜSTÜ BİR DENETİM YOLU OLARAK KANUN YARARINA BOZMA*

*Reversal in Favor of the Administration of Justice
as an Extraordinary Way of Control*

Uğur İHTİYAROĞLU**

Özet

Ülkemizde yargılama süreci bağımsız mahkemeler eliyle yürütülmektedir. Mahkemelerin ve hâkimlerin yargılama sonunda hatalı veya yanlış karar vermesi mümkündür. Hâkimler de sonuç olarak insandırlar ve verdikleri kararlarda yanılmaları olağandır. Mahkemeler veya hâkimler tarafından verilen kararların bir üst merci tarafından denetlenmesi, yargıya olan güveni artırır. Böylece, kararlardaki eksikliklerin ve hataların düzeltilmesi imkânı oluşur. Kanun yararına bozma denetim yolu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun yararına bozma yoluna ancak kesin kararlara karşı başvurulabilir. Bu bakımdan olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilir. Kesin karardan anlaşılması gereken ise, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri dışındaki yargılama makamlarınca incelenerek kesin hale gelen yani istinaf veya temyiz edilmeksizin kesinleşen kararlardır. Kanun yararına bozma incelemesinde, önemli ve ciddi boyuttaki hukuka aykırılıklar dışındaki hususlar değerlendirilmez. Bu durumun topluma ve sanığa bir yararı yoktur. Önemli olan kesinleşen karardaki hukuka aykırı hususların, birey ve toplum bakımından hukuk lehine kaldırılması ve ülke içinde kanunların eşit şekilde uygulanmasının sağlanmasıdır. Kesin hükmün sonuçlarının ve buradan doğan hakların korunması dışında; adalete olan güvenin devamının sağlanması ve yargının otoritesinin korunması amacıyla kanun yararına bozma yoluna başvurulmaktadır. Açıklananlar kapsamında bu çalışmada, kanun yararına bozma yolunun amacı ve başvuru koşulları tartışılmış; başvuru üzerine Yargıtay Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen kararların sonuçları ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü kanun yolu, kesin hüküm, hukuka aykırılık, adil yargılanma hakkı.

Abstract

In our country, the trial process is carried out by independent courts. It is possible for courts and judges to make erroneous or wrong decisions at the end of the trial. Judges are, after all, human and it is normal for them to make mistakes in their decisions. Supervision of decisions made by courts or judges by a higher authority increases confidence in the judiciary. Thus, it is possible to correct deficiencies and errors in decisions. Reversal in favor of the administration of justice as a way of control is regulated in Articles 309 and 310 of the Code of Criminal Procedure (CMK) No.

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.06.2024
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Bu çalışma, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde hazırlanan “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yararına Bozma” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, adaletbakanlik52@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8171-3579>.



5271. Only when the decision is finalized, an application can be made to reversal in favor of the administration of justice. In this respect, it is considered an extraordinary legal remedy. What should be understood from the final decision is the decisions that are examined by the judicial authorities other than the Supreme Court of Appeals and Regional Courts of Justice and become final, that is, they become final without appeal. In the review of reversal in favor of the administration of justice, matters other than significant and serious violations of the law are not evaluated. This situation is of no benefit to society or the defendant. The important thing is to remove the illegal issues in the final decision in favor of the law for the individual and the society and to ensure that the laws are applied equally within the country. In addition to protecting the consequences of the final judgment and the rights arising from it, reversal in favor of the administration of justice is used to ensure the continuation of trust in justice and to protect the authority of the judiciary. Within the scope of what has been explained, in this study, the purpose and application conditions of reversal in favor of the administration of justice are discussed; the results of the decisions made by the Criminal Chambers of the Supreme Court of Appeals and the General Criminal Assembly of the Supreme Court of Appeals upon the application have been presented.

Keywords: Extraordinary legal remedy, final judgement, illegality, right to a fair trial.

GİRİŞ

Kanun yararına bozma denetim yolu, CMK'nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak kesinleşmiş karar ve hükümlere karşı kanun yararına bozma talep edilmesi mümkündür. Hâkim veya mahkemeler tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde, esasa ya da usule ilişkin aynı zamanda hükme etkili bir hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay'ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı olarak bildirmektedir.¹ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, kendisine bildirilen nedenleri yazar ve kararın bozulması talebini Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine verir.² Kanun yararına bozma mülga CMUK'ta ifade edilen "yazılı emir" kanun yolunu yansıtmaktadır.³ Bu kanun yolu, CMK'nın 309 ve 310. maddelerinde "kanun yararına bozma" ismiyle yeniden düzenlenmiştir.⁴ Karar veya hükmün verildiği mahkemelerin genel ya da özel mahkeme olması noktasında bir ayırım yapılmamıştır. Ceza mahkemeleri ve hakimlikleri tarafından verilen kararlara karşı kanun yararına bozma yolunun açık olduğunu söylemek mümkündür. Başvuru hakkı Adalet Bakanlığı'na aittir. Bazı hallerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yetkisini kullanarak olağanüstü bu kanun yoluna kendisi başvurabilmektedir. Başvuru yetkisinin sadece Adalet Bakanlığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nda olması göz önünde tutulduğunda, başka bir kişi veya kurumun bu kanun yoluna başvurması mümkün değildir. Bu yetkinin,

¹ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023) 750-751.

² Ezgi Aygün Eşitli, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kanun Yararına Bozma", (2016) (122) *TBB Dergisi* 194.

³ A. Aydın Kuyucu, *Ceza Yargılaması Hukukunda Kanun Yararına Bozma*, (Yetkin Yayınevi, Ankara 2020) 19.

⁴ Çetin Akkaya, *Kanun Yararına Bozma ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi*, (Kartal Yayınevi, Ankara 2007) 11.

hiçbir şartla ve sebeple başkası tarafından kullanılmasına imkân bulunmamaktadır.⁵ Doktrinde bu kanun yolunun, uygulama birliği oluşturma, gerçeğe ulaşma ve hukuk güvenliği sağlama gibi amaçlara hizmet ettiği kabul edilmektedir.⁶

Bu çalışma, kanun yararına bozma denetim yolunun olağanüstü bir kanun yolu olarak uygulamada tartışılan sorunlarını ortaya koymayı ve alternatif yöntemler sunmayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda öncelikle kanun yararına bozmanın hukuki yapısı, tarihsel gelişimi, konusu, nedenleri ve işlevi ele alınmıştır. Kanun yararına bozma başvurusu ve incelemesi açıklanmış; kanun yararına bozmanın sonuçları ve bozma kararlarının etkisi Yargıtay kararları kapsamında ortaya konulmuştur.

I. HUKUKİ YAPI, TARİHSEL GELİŞİM VE KARŞILAŞTIRMA

Kanun yararı bozma, istisnai bir kanun yolu olarak CMK'nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiştir. Hâkim veya mahkemeler tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümlerdeki hukuka aykırılıkların kaldırılması için kural olarak Adalet Bakanlığı, istisnai olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından başvuru bir kanun yolu olarak açıklanmıştır. Kanun yararına bozmanın hangi gerekçe ile olağanüstü kanun yolu olduğu düzenlemede açıklanmamıştır. Gerekçede de bir açıklık yoktur.

Ersoy'a göre, olağan ve olağanüstü kanun yolu olarak ayırım yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.⁷ Ancak kesinleşmiş kararlara karşı başvurulması nedeniyle kanun yararına bozma olağanüstü kanun yoludur. Yüksektepe'ye göre kanun yararına bozma, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı Adalet Bakanlığı, istisnai hallerde ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından başvuru bir kanun yolu olduğu için olağanüstüdür.⁸ Salihoğlu, Parlar ve Öztürk'e göre hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için başka bir yol bulunmaması ve kararın/hükümün istinaf veya temyiz incelemesinden geçmemesi nedeniyle kanun yararına bozma olağanüstü kanun yoludur.⁹

Mülga CMUK'da yer alan yazılı emir yolu sadece kesinleşmiş kararlara karşı başvuru bir kanun yolu olarak açıklanmış; bu nedenle olağanüstü niteliğe haiz olduğu kabul edilmiştir. CMK'da ise Adalet Bakanlığınca yapılan başvuru üzerine

⁵ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 812-813.

⁶ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020) 570-571.

⁷ Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi", (2015) 10 (29), *Ceza Hukuku Dergisi*, 92-93.

⁸ Mert Asker Yüksektepe, *Adil Yargılama ve Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, (1. Baskı, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul 2020) 493-494.

⁹ Hadi Salihoğlu, Ali Parlar ve Mustafa Öztürk, *Olağanüstü Yasa Yolları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (1. Baskı, Aristo, İstanbul 2018) 446.



Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kullanılan bir yol olması, sınırlı bir alanda ve ciddi boyuttaki hukuka aykırılıklar için başvurulması, sanık aleyhine tesir etmemesi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kendisine sunulan bozma nedenleri ile bağlı olması gibi hususlar kanun yararına bozmanın temel özelliklerini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi (AYM) de bir kararında kanun yararına bozmanın olağanüstü ve istisnai bir yol olduğuna işaret etmiştir.¹⁰ Ciddi boyuttaki hukuka aykırılıklara ve hatalara tarafların katlanmalarını beklemek adaletle dayalı bir ceza muhakemesi sistemine uygun değildir. Böylesine bir hukuka aykırılık bulunan karar veya hükmün denetlenmesi, gerekiyorsa kanun yararına ortadan kaldırılması gerekir.¹¹

A. AMAÇ VE HUKUKİ YAPI

Kanun yararına bozmanın amacı, ciddi boyuttaki hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması ve ülke sathında uygulama birliği sağlanmasıdır.¹² Doktrinde bu kanun yolunun, kanunların yeknesak şekilde uygulanması, maddi gerçeğe ulaşılması ve adaletin sağlanması imkânı sunduğu kabul edilmektedir.¹³ Karardaki hukuka aykırılık, usul hukukundan doğabileceği gibi maddi hukuktan da doğabilir. Hukuka aykırı kararların, kanun yararına bozulmasında bireylerin olduğu kadar toplumun da yararı vardır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) birçok kararında¹⁴ kanun yararına bozmanın bu amaçlara hizmet ettiğini ve hukuk güvenliği açısından yararlı

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, B. No: 2012/644, 05.03.2013: “..Amacı kesinleşen kararlardaki hukuka aykırılıkları gidermek ve kanunların ülke içinde eşit bir şekilde uygulanmasını sağlamak olan kanun yararına bozma, kesin kararlara karşı başvuru olan bir yol olduğundan, olağanüstü bir kanun yoludur. Öte yandan kanun yararına bozma, kişiler için doğrudan ulaşılabılır bir yol olmayıp olağanüstü bir kanun yolu niteliği taşımakla, tüketilmesi gereken bir yol değildir.” hükmü yer almaktadır.

¹¹ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, (12.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022) 303-304.

¹² Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021) 452.

¹³ Soyaslan (n6) 571.

¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 2018/14-129, K. 2022/781, 08.12.2022: “...Öğretide “olağanüstü temyiz” denilen, 5320 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK’da ise “yazılı emir” olarak adlandırılan bu olağanüstü kanun yolu, 5271 sayılı CMK’nın 309 ve 310. maddelerinde “kanun yararına bozma” olarak yeniden düzenlenmiştir. 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesi uyarınca hâkim veya mahkemeye verilip istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümlerde, maddi hukuka veya muhakeme hukukuna ilişkin hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması talebini, kanuni nedenlerini açıklayarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirecektir. Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da hükmün veya kararın bozulması talebini içeren yazısına bu nedenleri aynen yazarak Yargıtay ilgili ceza dairesine verecek, ileri sürülen nedenlerin Yargıtayca yerinde görülmesi hâlinde karar veya hüküm kanun yararına bozulacak, yerinde görülmezse talep reddedilecektir. Böylece ülke genelinde uygulama birliğine ulaşılacak, hâkim ve mahkemelerce verilen cezaya ilişkin karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkların, toplum ve birey açısından hukuk yararına giderilmesi sağlanacaktır...” hükmü yer almaktadır. (Bkz. YCGK, E. 2021/15-72, K. 2022/596, 29.09.2022, YCGK, E. 2019/7-259, K. 2022/587, 27.09.2022, YCGK, E. 2019/7-198, K. 2022/547, 13.09.2022)

bir yol olduğunu açıkça vurgulamıştır. Yargıtay'ın içtihat birliği oluşturma vasfı bulunduğundan, kanun yararına bozma yolunun bu amaca da katkı yaptığı söylenebilir. Ancak kanun yararına bozmanın kesin hüküm otoritesine zarar verdiği ve kimi durumlarda şüpheli/sanık/hükümlü aleyhine sonuç doğurduğu gerekçesiyle eleştiride de bulunmaktadır.¹⁵ Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın Sulh Ceza Hakimliği tarafından ret edilmesi ve bu karara karşı kanun yararına bozmaya başvurulması, başvuru üzerine kararın kanun yararına bozulması hali kanun yararına bozmanın şüpheli aleyhine sonuç doğurmasına örnek gösterilmektedir.¹⁶ İstinaf veya temyiz denetiminden geçmeksizin kesinleşmiş bir kararın, Yargıtay tarafından yeniden incelenmesinin sağlanması kuşkusuz hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması açısından önemlidir. Kararın bozulması durumunda, yerel mahkeme tarafından yeniden yargılama yapılması söz konusu olabileceği gibi¹⁷ cezanın kaldırılmasına veya daha hafif cezaya Yargıtay ceza dairesince doğrudan hükmedilebilir.¹⁸ Fakat her hukuka aykırılık kanun yararına bozmanın konusu yapılmamalıdır. Ciddi boyuta ulaşmayan hukuka aykırılıkların olduğu suçlar ve kabahatler bakımından bu yola başvurulmayarak, emek ve zaman kaybının önüne geçilmesi gerekir. Her hukuka aykırılığın kanun yararına bozma konusu yapılmamasında asıl amaç Yargıtay'ın iş yükünün arttırılmamasıdır. Bazı kararların/hükümlerin kesin olarak kabul edilmesi ayrıca kanun yararına bozma konusu da edilmemesinin hukuk güvenliği ile çeliştiği ileri sürenler de bulunmaktadır.¹⁹ Bu eleştirilere rağmen CMK ve TCK'nın 2005 yılında yürürlüğe girmesi sonrası kanun yararına bozma başvuru sayısında genellikle artış yaşanmıştır.²⁰

B. KANUN YARARINA BOZMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Osmanlı Devleti'nin ilk modern ceza muhakemesi kanunu olan Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu 25 Haziran 1879'da resmi mevzuat külliyatında yayımlanmıştır.²¹ Kanun, günümüz ceza muhakemesi sisteminin temelini oluşturması bakımından birçok farklı uygulamayı düzenlemiştir.²² Kanun yararına bozma, Usulü

¹⁵ Kuyucu (n3) 20.

¹⁶ Fahri Gökçen Taner, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol", 2018 (135), *TBB Dergisi* 192.

¹⁷ CMK m. 309/4-b.

¹⁸ CMK m. 309/4-d.

¹⁹ Kuyucu (n3) 20.

²⁰ Adalet Bakanlığı'na gelen kanun yararına bozma başvuru sayısı 2010 yılında 10125, 2015 yılında 15563, 2020 yılında 21005 ve son olarak 2023 yılında 32056 olmuştur. (Kaynak: Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü)

²¹ Faruk Yasin Turinay, "1879 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-İ Muhakemat-İ Cezaiye Kanun-U Muvakkatı) Üzerine Bir İnceleme", (2021) 11 (1), *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 188.

²² Esmâ Sena Tezcan Yüksel, *Türk Ceza Yargılama Usulünde İlk Kanun: 1879 Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı ve Mahkemelerin Görev ve Yetkisi*, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023) 37-38.



Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun 347 ve 348. maddelerinde yer almakla birlikte bu düzenleme Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 441 ve 442. maddelerinin doğrudan tercümesinden oluşmuştur. Daha sonra 20 Ağustos 1929 tarihinde yürürlüğe giren mülga 1412 sayılı CMUK'un 343. maddesinde bu denetim yolu "yazılı emir" adıyla düzenlenmiştir.²³ Kanun yararına bozma denetim yoluna ilişkin CMK'da yer alan norm esasen mülga CMUK'un 343. maddesi dikkate alınarak hazırlanmıştır.²⁴ Ancak kanun yararına bozma normunun kanunlaşması sürecinde ayrıca Yargıtay içtihatlarının da etkili olduğu söylenebilir. CMK'nın 310. maddesinde de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının re'sen kanun yararına bozma başvurusunda bulunması hali düzenlenmiştir.²⁵

1. Yazılı Emir Yolu

Yazılı emir yolu ilk defa mülga CMUK 343. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

"Hâkim tarafından ve mahkemelerden verilen ve Temyiz Mahkemesince tetkik edilmeksizin kat'ileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet edildiğini haber alırsa Adliye Vekili, o karar veya hükmün bozulması için Temyiz Mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Başmüddeiumumiliğine yazılı emir verebilir. Bu emirde bozulmayı müstelzim kanuni sebepler gösterilir.

Cumhuriyet Başmüddeiumumisi tebliğnamesine yalnız bu sebepleri yazar ve dosyayı Temyiz Mahkemesine verir. Temyiz Mahkemesi dermeyan olunan sebepleri varid görürse karar ve hükmü bozar. Mahkemelerden davanın esasına da şamil olarak verilen hükümlerin bu suretle bozulması alakadar kimseler aleyhine tesir etmez. Bozulma, bu kimselerin lehine ise aşağıda yazıldığı gibi muamele olunur:

1- Varid görülen bozma sebepleri mahkûm olan kimsenin cezasının tamamen kaldırılmasını müstelzim ise, Temyiz Mahkemesi evvelce hükmolunan cezanın çektilirmemesini kararında ayrıca yazar.

2- Varid görülen bozma sebepleri mahkûm olan kimsenin cezasının tamamen kaldırılmasını müstelzim olmayıp da hafif bir cezanın tatbikini mucip ise, Temyiz Mahkemesi tatbiki iktiza eden cezanın neden ibaret olduğunu da kararında gösterir. (Değişik: 21/5/1985 -3206/69 md.) Eğer bozma davanın esasını halletmeyen mahkeme kararları hakkında ise, yeniden yapılacak inceleme ve araştırma neticesine göre gereken karar verilir."

Düzenlemeden yazılı emir yoluna ancak temyiz denetimi yapılmadan kesinleşen karar ve hükümlere karşı başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Bu tür karar ve hükümlerdeki hukuka aykırılıkları öğrenen Adalet Bakanı, karar ve hükmün bozulması amacıyla

²³ M. İlhan Alniak, "Fransız Ceza Usul Hukukunda Kanun Nef'ine Temyize Müracaat Tarikleri", (1969) 3 (4), *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 83.

²⁴ Veysel Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, (2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2008) 345.

²⁵ İhsan Baştürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yararına Bozma*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022) 40.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı emir gönderebilecektir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ise kendisine bildirilen bozma nedenlerini aynen yazarak dosyayı ilgili Yargıtay Ceza Dairesine sevk edecektir. Yazılı emir verme yetkisi kural olarak Adalet Bakanına ait olduğundan, bu yetkinin başka bir görevli tarafından kullanılması mümkün değildir. Adalet Bakanının yazılı emri üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı davayı açmak zorundadır. Diğer taraftan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı kendisine bildirilen bozma nedenleri ile bağlıdır. Bu minvalde bozma nedenlerini değiştiremez veya ekleme yapamaz. Yazılı emir yolunu bu nedenle Adalet Bakanı tarafından başvurulmuş bir yol olarak kabul etmek mümkündür. Adalet Bakanı başvurusu üzerine Yargıtay tarafından ileri sürülen nedenler uygun görülürse hüküm veya karar bozulur. Eğer bozma kararı davanın esasını çözömlenmeyen mahkeme kararlarına ilişkin ise, yerel mahkemesince inceleme ve araştırma yapılması için dosya geri gönderilecektir. Mahkemelerin davanın esasına ilişkin kararlarının bozulması durumunda, sanık aleyhine tesir etmeme kuralı geçerlidir. Eğer mahkemelerin davanın esasına ilişkin verdiği kararların bozulması sanığın lehine ise ve bozma nedenleri cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını gerektiriyorsa Yargıtay cezanın çektirilmemesi kararı verecektir; daha hafif bir ceza verilmesini gerektiriyorsa uygulanacak ceza kararda açık bir şekilde yer alacaktır. Mülga CMUK'da davanın esasını çözen kararlar için yazılı emir ile verilen bozma kararları üzerine yeniden yargılama yapılması engellenerek kararın Yargıtay tarafından verilmesi uygulaması kabul edilmiştir.²⁶

2. Kanun Yararına Bozma

Yazılı emir ile bozma denetim yolu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, "Kanun Yolları" başlığını taşıyan Altıncı Kitabı'nın, 309 ve 310. maddelerinde "kanun yararına bozma" adıyla yeniden düzenlenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun yararına bozma yetkisi Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. Ancak bazı hallerle sınırlı olmak üzere bu yetki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına da tanınmıştır. Yazılı emir denetim yolunda Adalet Bakanı'na verilen karar ve hükmün bozulması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurma yetkisi, kanun yararına bozma yolunda 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. Değişiklik öncesi bu yetki sadece Adalet Bakanı tarafından kullanılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi, kanun yoluna başvurunun bizzat Adalet Bakanı tarafından yapılmasının zorunlu olarak görülmemesi, başvuruların daha hızlı ve etkin şekilde gerçekleştirilmesi, karar veya hükümdeki hukuka aykırı hususların tespiti ile ortadan kaldırılmasının çabuklaştırılması olarak belirtilmiştir. Böylece yetkinin bizzat Adalet Bakanı'na ait olmaması dikkate alınarak, diğer görevlilere de kanun yararına bozma başvurusunda bulunma yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin farklı zamanlarda Adalet Bakanı adına Adalet Bakanı Yardımcısı, müsteşar veya müsteşar yardımcıları tarafından kullanıldığı bilinmektedir.

²⁶ Kuyucu (n3) 35-36.

C. FARKLI HUKUK DALLARI AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Kanun yolları, CMK’da olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların hatalı ve hukuka aykırı olması dışında, kanun yolu denetimini gerçekleştiren yargı makamlarının da kararları isabetsiz ve hukuka aykırı olabilir. Olağan ve olağanüstü kanun yollarının açık olması bu nedenle önemlidir.²⁷ Bu ayrımın temeli, asli ve hukuki derece kanun yollarının (itiraz, istinaf ve temyiz) olağan kanun yolu; bunların dışındakilerin ise olağanüstü kanun yolu olduğunun belirlenmesidir. Olağanüstü kanun yolları sınıflandırmada istisnai kanun yolları olarak düzenlenmiştir. Bir başka açıdan, henüz kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru kanun yolları “*olağan*” olarak kabul edilirken; kesinleşmiş kararlara karşı başvuru kanun yolları “*olağanüstü*” olarak nitelendirilmektedir. Olağan kanun yollarına başvuru için aranan şartlardan bağımsız olarak olağanüstü kanun yollarına başvuru için birtakım şartlar öngörülmüştür.²⁸

Çalışmada konunun özünün yansıtılması amacıyla CMK’da yer alan olağanüstü kanun yollarının benzerliklerine ve farklılıklarına değinilmemiştir. Kanun yararına bozma ile kanun yararına temyiz denetim yollarının karşılaştırılmasına yer verilerek her iki kanun yolunun benzerlikleri ve farklılıkları ortaya konulmuştur. Kanun yararına temyiz denetim yoluna ülkemizde hukuk muhakemesi²⁹ ve idare hukuku muhakemesi dallarında yer verilmiştir. Bu denetim yollarının da kendine has özellikleri bulunmaktadır. Her iki muhakeme dalında yapılan düzenlemeler ceza muhakemesinde yer alan düzenlemeye benzerdir. Ancak başkaca hukuk dallarında yer aldıklarından düzenlemeler arası farklılıkların ve benzerliklerin ayrıca düzenlemelerin normatif yapılarının ortaya konulması gereklidir.

1. Hukuk Muhakemesinde Kanun Yararına Temyiz

Kesinleşen bir mahkeme kararının belirli koşullar dahilinde Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından “*olağanüstü temyiz*” yoluna gö-

²⁷ Uğur İhtiyaroğlu, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisine Yönelik Bir Değerlendirme”, (2023) (71), *Adalet Dergisi* 1164.

²⁸ Toroslu ve Feyzioğlu (n12) 380.

²⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2023/6454, K. 2023/5334, 11.04.2023: “...6100 sayılı Kanun’un 363’üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca ilk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur. 6100 sayılı Kanun’un 363’üncü maddesinin gerekçesinde de karar verilirken yürürlükteki hukukun yanlış uygulanmasının her an için söz konusu olabileceği, kanun yararına temyiz, yanlışlık tespit edilip daha sonra benzer işlemlerden kaçınmak için kabul edilen bir sistem olduğu, Yargıtayın yaptığı incelemede uygulamanın yanlış olduğu sonucuna ulaşırsa kararı kanun yararına bozacağı ifade edilmiştir... Kanun yararına temyiz başvurusunda, başvuru konusu kararın sadece yürürlükteki hukuka aykırı olup olmadığı denetlenir. Bu denetim ise, temyiz incelemesinin aksine, kanun yararına temyizde görece sınırlı bir inceleme yapılmasını gerektirir. Kanun yararına temyize ilişkin madde gerekçesinde de belirtildiği gibi yürürlükteki hukukun yanlış uygulanması söz konusu olduğunda, kararın kanun yararına bozulması gerekir” hükmü yer almaktadır.

türülmesi mümkündür. Bu düzenleme, kararın doğurduğu sonuçlar ortadan kaldırılmaksızın mahkemelere yol gösterici olma özelliği taşımaktadır. Bu kanun yolu, Fransız Usul Hukukundan alınan ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) “kanun yararına temyiz” adıyla önceki HUMK düzenlemesinden daha ayrıntılı olarak 363. maddede düzenlemiştir.³⁰ Amaç, kesinleşen karardaki hataları göstermek ve benzer hukuka aykırılıkların meydana gelmesine engel olmaktır.³¹

HMK düzenlemesinde kanun yararına temyiz yoluna, Adalet Bakanlığı yanında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na da başvurma imkânı tanınmıştır. Böylece başvurunun kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin hangi kararlarına karşı kanun yararına temyiz başvurusunda bulunabileceği HMK'nın 363. maddesinde yer almaktadır. Anılan düzenlemenin kanun yararına bozma düzenlemesinde bulunmadığı görülmektedir.

2. İdari Yargılama Usulünde Kanun Yararına Temyiz

İdare hukukunda kanun yararına temyiz 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) “kanun yararına temyiz” başlıklı 51. maddesinde düzenlenmiştir.³² 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda düzenlendiği haliyle ilk derece mahkemeleri kararlarına karşı Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunma hakkı tanınmıştır. İdari yargıda yapılan reformla birlikte alt derece idari yargı makamları idare ve vergi mahkemeleri sıfatını almıştır. Böylece Danıştay'a yapılan temyiz başvuruları da sınırlandırılmıştır. Alt derece mahkemeler tarafından verilen ancak Danıştay denetimi dışında kalan kararların içtihat birliğini bozma ihtimaline karşı kanun yararına temyiz yolu ile denetlenmesi mümkün hale gelmiştir.³³

Kanun yararına temyizde amaç içtihat birliğini sağlamaktır.³⁴ Tarafların hukuki

³⁰ HMK'nın “Kanun yararına temyiz” kenar başlıklı 363. maddesinde, “(1) (Değişik: 20/7/2017-7035/33 md.) İlk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur. (2) Temyiz talebi Yargıtayca yerinde görüldüğü takdirde, karar kanun yararına bozulur. Bu bozma, kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. (3) Bozma kararının bir örneği Adalet Bakanlığına gönderilir ve Bakanlıkça Resmî Gazetede yayımlanır.” hükmü yer almaktadır.

³¹ Ejder Yılmaz, *Olağanüstü Temyiz*, (1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003) 3.

³² İYUK'un “Kanun yararına temyiz” kenar başlıklı 51. maddesinde, “1. (Değişik: 5/4/1990-3622/20 md.) İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir. 2.(Değişik: 5/4/1990-3622/20 md.) Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar; kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz. 3.Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmî Gazete'de yayımlanır” hükmü yer almaktadır.

³³ Burcak Can Kara, “İdari Yargılama Usulünde Kanun Yararına Temyiz”, (2020) 11 (1), *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 355.

³⁴ Mustafa Avcı, “6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Deği-

menfaatinin korunması değil, hukuk düzeninin hatalardan arındırılması ön planda tutulmaktadır. Böylece hukuki hataların tekrarlanmasının önüne geçilmek istenmektedir. Kanun yararına temyiz sonucu verilen kararlar bağlayıcı nitelik taşımaz. Bu kararlar emsal nitelik taşıyarak yargı makamlarına yol gösterici olmaktadır. Hukukun yorumlanması bakımından da kanun yararına temyiz sonucu verilen kararlar önemlidir.³⁵

3. Değerlendirme

CMK’da kanun yararına bozma kararının istisnai haller dışında sanık/hükümlü aleyhine tesir etmeyeceği genel ilke olarak kabul edilirken; HMK ve İYUK’ta kanun yararına temyiz sonucu verilen kararın, incelenen kararın hukuki sonuçlarını kaldırmayacağı kabul edilmiştir. Kanun yararına temyiz başvurusunda bulunma yetkisi bakımından Adalet Bakanlığı dışında İYUK’ta “*ilgili Bakanlığın*” başvuru yetkisine yer verilmiştir. CMK ve HMK’da bu yönde bir yetki tanımlaması yoktur. HMK ve İYUK’ta kanun yararına temyiz sonucu verilen kararın Resmî Gazete’de yayınlanacağına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Kanun yararına temyiz sonucu verilen bozma kararının Resmî Gazete’de yayınlanması ile hukuka aykırılık topluma ilan edilir ve hâkimlerin dikkatinin çekilmesi amaçlanır.³⁶ Yargılama sonucunda hukuka aykırı karar verildiğinin ve kararın kanun yararına bozulduğunun Resmî Gazete yoluyla kamuoyuna duyurulması benzer hataların tekrarlanmaması açısından da önemlidir. Fakat bu düzenleme CMK’da bulunmamaktadır.³⁷

Adalet Bakanlığı’na gelen kanun yararına bozma ve kanun yararına temyiz başvuru sayıları, olağanüstü bu kanun yollarına hangi sıklıkla başvurulduğunun tespiti bakımından önemlidir. Adalet Bakanlığı verileri incelendiğinde, 2019 yılı için kanun yararına temyiz yoluna 1542 karar için başvuru yapıldığı ve 61 kararın kanun yararına bozulduğu, 2021 yılında 1994 karar için başvuru yapıldığı ve 166 kararın kanun yararına bozulduğu, 2023 yılında 2097 karar için başvuru yapıldığı ve 40 kararın kanun yararına bozulduğu Tablo-1’de yer almaktadır. (Verilerin analizi 2024 yılında yapılmıştır) Kanun yararına temyiz başvuruları sonucu Yargıtayca verilen bozma kararlarının hukuki sonuca etkili olmaması nedeniyle başvuru sayılarında yıllar içinde büyük değişiklik yaşanmadığı görülmektedir.

Tablo-1: 2019-2023 Yılları Kanun Yararına Temyiz İstatistikleri (Kaynak: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü)

şiklikler Üzerine Bir İnceleme”, (2015) 13 (152), *Legal Hukuk Dergisi* 76, Mehmet Fatih Gürkan, Yusuf Deniz ve Selman Sacit Boz, “İdari Yargıda Kanun Yararına Bozma”, (2013) 21 (1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 110.

³⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, (Savaş Yayınevi, Ankara 2019) 1742.

³⁶ Yılmaz (n31) 72.

³⁷ Baştürk (n25) 54.

	2019	2020	2021	2022	2023
Açılan Toplam Dosya	1542	1544	1994	2060	2097
Eksik Tebligat	32	15	10	3	9
Bakanlık Gerekçeli Ret	1269	1320	1775	2179	1840
Yargıtaya Yazılan	84	42	237	184	132
Kanun Yararına Bozulan	61	30	166	134	40
Yargıtayca Ret	19	10	48	43	16
Kesin Olmadığı İçin Temyiz Kararı Verilen	1	1	-	-	-
Yargıtayca İncelemesi Devam Eden	3	1	23	7	76

Kanun yararına temyiz başvuru sayıları karşısında, Adalet Bakanlığı'na gelen kanun yararına bozma başvurularının 2010-2023 yılları istatistikleri incelendiğinde başvuruların ciddi oranda arttığı görülmektedir. Adalet Bakanlığı'na gelen başvuru sayısının 2010 yılında 10125, 2015 yılında 15563, 2020 yılında 21005 ve son olarak 2023 yılında 32056 olduğu görülmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından 2010 yılında 1792 dosyanın, 2015 yılında 3877 dosyanın, 2020 yılında 5030 dosyanın ve 2023 yılında 7428 dosyanın Yargıtay'a sevk edildiği, 2010 yılında 7516 dosyanın, 2015 yılında 10860 dosyanın, 2020 yılında 15224 dosyanın ve 2023 yılında ise 33717 dosyanın mahalline iade edildiği anlaşılmaktadır. Bu süreçte Yargıtay tarafından verilen bozma kararlarının oranı 2010 yılında %77, 2015 yılında %82, 2020 yılında %87 ve 2023 yılında %85 olarak gerçekleşmiştir. 2010-2023 yılları arasındaki kanun yararına bozma istatistik verileri Tablo-2'de yer almaktadır. (Verilerin analizi 2024 yılında yapılmıştır)

Tablo-2:2010-2023 Yılları Kanun Yararına Bozma İstatistikleri (Kaynak: Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü)

Yıllar	Gelen Dosya	Yargıtay'a Sevk	Mahalline İade	Bozma	Ret	Bozma Oranı %
2010	10125	1792	7516	1117	336	77
2011	10751	2106	7906	905	194	82
2012	10786	2295	8077	3090	501	86
2013	11610	3466	7787	2605	331	89
2014	13184	3391	8402	2973	547	84
2015	15563	3877	10860	2451	544	82
2016	15220	3706	11282	3803	586	87
2017	13950	3348	9474	3367	451	88
2018	17500	4766	12340	3371	527	86



Yıllar	Gelen Dosya	Yargıtay'a Sevk	Mahalline İade	Bozma	Ret	Bozma Oranı %
2019	22310	5466	14997	3709	747	83
2020	21005	5030	15224	3455	536	87
2021	30038	5496	19650	3445	561	86
2022	35035	4001	23043	4703	1108	81
2023	32056	7428	33717	2326	423	85

Yukarıda yer alan veriler kapsamında, CMK'da yer alan kanun yararına bozma başvurularının kanun yararına temyiz başvurularına göre oldukça fazla olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemesinde ve İdari Yargılama Usulünde kanun yararına temyiz başvurularının, CMK'da yer alan kanun yararına bozma talep sayısının çok altında kaldığı görülmektedir. Bu durum ceza muhakemesinde daha fazla hukuka aykırı kararlar verildiğinin önemli bir göstergesidir. Özellikle 2015 ve 2023 yılları kıyaslandığında kanun yararına bozma başvurularında %100'den fazla artış yaşandığı tespit edilmiştir. Bu artış oranı dikkate alındığında, tarafların son hukuki çare olarak kanun yararına bozma yoluna başvurdukları ve bu yolun artık istisnai kanun yolu olmaktan çıktığı değerlendirilmektedir. Ayrıca ceza yargılama sistemimizde eksiklikler bulunduğu da anlaşılmaktadır. Bu konuda geçmiş yıllarda getirilen eleştiriler de bulunmaktadır.³⁸

II. KANUN YARARINA BOZMANIN KONUSU, NEDENLERİ VE İŞLEVİ

Olağanüstü bir denetim yolu olan kanun yararına bozma hukuk sistemimiz içerisinde istisnai hukuki çare olarak yer almaktadır. Kanun yararına bozma başvuru yetkisi kural olarak Adalet Bakanlığı'na, istisnai hallerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na verilmiştir. Bu açıdan diğer olağanüstü kanun yolları ile farklılık göstermektedir.³⁹ İstisnai ve olağanüstü niteliği gereği hükmün esasına ve sonuca etkili olan, ağır hukuka aykırılık halleri için kanun yararına bozma yoluna başvurulmalıdır. Kapsamı sınırlı olan bu denetim yolunun konusu, nedenleri ve işlevinin ayrıca açıklanması gereklidir.

A. KANUN YARARINA BOZMANIN KONUSU

Kanun yararına bozma denetim yolunun konusunu ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ancak istinaf veya temyiz denetiminden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümler oluşturmaktadır. Diğer taraftan karar veya hükmün kesinleşmiş olması

³⁸ Hamdi Öner, "Muhkem Kaziyenin İstisnaları 2-Yazılı Emir [1]", (1974) 38 (8), *Adalet Dergisi* 753-754.

³⁹ Sevi Bakım, "Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi", (2013) 19 (2), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 923.

yani artık istinaf ya da temyiz incelemesine konu olma imkanının ortadan kalkmış olması gerekir. Bu bakımdan karar veya hüküm kanun yollarına başvurulmadığı için kesinleşmiş olabilir. Bir başka seçenek ise kanun yollarına başvurma imkanının kapalı olmasıdır. Yani kararın kesin olarak verilmesidir. Bilindiği üzere istinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği 20.07.2016 tarihine kadar kanun yararına bozma kanun yolunun konusunu, temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümler oluşturmuştur. Bu nedenle, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçme tarihine kadar ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlar hakkında kesinleşinceye kadar 1412 sayılı CMUK hükümlerine göre temyiz incelemesi yapılmasına devam edilmektedir. Bu süreçte CMK'da yer alan istinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihten sonra ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı kural olarak istinaf kanun yoluna başvurulmaktadır.⁴⁰ Bu kurala birtakım istisnalar getirilmiştir. İstisnalar kapsamında belirtilen hallerde karar istinafa değil temyize tabidir. Kanun yararına bozma yolunda incelenebilecek bir karar veya hükümde bulunması gereken özellikler özetle;

1. Hâkim veya mahkeme tarafından verilmiş bir karar veya hükmün mevcut olması,
2. Karar veya hükmün istinaf veya temyiz denetiminden geçmeden kesinleşmesi,
3. Karar veya hükmün hukuka aykırı olarak verilmiş olmasıdır.⁴¹

B. KANUN YARARINA BOZMANIN NEDENLERİ

Kanun yararına bozma yoluna başvurmak için temel neden, karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunmasıdır. AYM ve Yargıtay kararlarında sıklıkla belirtildiği üzere, hukuka aykırılık kavramının geniş yorumlanması gerekir. Diğer taraftan CMK 309 ve 310 düzenlemesinde hukuka aykırılık gerekçesi açıklanmamıştır. Bu durum hukuka aykırılık gerekçelerinin çeşitlenmesine uygun bir alan meydana getirmiştir.

Yargıtay kararlarına sıklıkla yansıdığı üzere kanun yararına bozmanın ölçütü ‘önemli, ciddi boyuta ulaşan, açık’ hukuka aykırılıklardır.⁴² Hukuka aykırılıkların

⁴⁰ CMK m. 272/1.

⁴¹ Baştürk (n25) 82.

⁴² Yargıtay 4. CD, E.2023/1049, K.2023/20052, 19.06.2023: “Kanun yararına bozma yasa yoluna, istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş hüküm ve kararlara karşı gidilmesi nedeniyle kesin hükmün otoritesinin bütünüyle zedelenmemesi amacıyla bu yola başvurulabilmesi için hukuka aykırılık halinin ciddi boyutlara ulaşması gerekmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 14/11/1977 gün ve 3-2 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, bu yasa yolunun olağanüstü bir yasa yolu olması nedeniyle, her türlü hukuka aykırılık iddiası, yasa yararına bozma konusu yapılamayacak, bu kapsamda hâkimlerin takdir hakkı alanına giren ve suç işleyenler için bir hak teşkil etmeyen hususlar ile mahkemenin takdirine bağlı istekler ve uygulamadaki takdir yanlılıkları veya takdirin yerinde olup olmadığının denetlenmesine ilişkin başvurular, temyiz yasa yolundan farklı olarak yasa yararına bozma konusu yapılamayacağından, bu yolla denetlenemeyecektir. (Ceza Genel Kurulunun 23/03/2010 tarih ve 2/29-56 sayılı kararı da bu doğrultudadır.)”



tespiti ise somut olaya göre irdelenmeli, objektif kriterlerle ortaya konulmalıdır.⁴³ Kanun yararına bozma yolunda hangi hukuka aykırılıkların denetleneceğinin açık şekilde belirlenmesi gereklidir. Diğer taraftan olağan kanun yollarındaki hukuka aykırılık sebeplerinden farklı olarak kanun yararına bozma sebeplerinin sınırlı olması doğaldır. Örneğin muhakemenin sonucuna etkili olmayan hususların, düzenleyici işlemlerin olağanüstü kanun yolu ile denetlenmesi beklenemez. Tali nitelikte olan uyarılama yargılaması ile ortadan kaldırılacak bir hukuka aykırılık bakımından kanun yararına bozma yoluna başvurulmamalıdır. Benzer şekilde yasa değişiklikleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar⁴⁴, hâkimin kanaat ve takdirine dayalı sorunlar⁴⁵ ve şahsi haktan doğan hukuka aykırılıklar⁴⁶ kanun yararına bozmanın konusu olamaz. Diğer yandan hükümde/kararda maddi yazım hataları bulunabilir. Bu hatalar çoğunlukla isim, yaş ve hesap hataları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Maddi yanlışlığı ya da yazım hatası olarak açıklanan bu hukuka aykırılıkların mahkemesince tali yargılama ile düzeltilmesi imkânı bulunmaktadır. Ayrıca bu hataların ortadan kaldırılması herhangi bir zaman veya yöntemle sınırlı tutulmamıştır. Maddi hatalar mahkemesince ya da talep üzerine her zaman düzeltililebilir. Böyle hatalar nedeniyle kanun yararına bozma yoluna başvurulmamalıdır.⁴⁷ Adalet Bakanlığı tarafından açıklanan bu hususlar göz önünde tutularak ve somut olaya göre inceleme yapılırak; kanun yararına bozma talebinde bulunulup bulunulmayacağı takdir edilmektedir.

hükmü yer almaktadır.

- ⁴³ Güçlü Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016) 69.
- ⁴⁴ Yargıtay 8. CD, E.2016/10274, K. 2017/11618, 19.10.2017: “*Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, 06.04.2010 gün ve 76/77, 15.11.2005 gün ve 132/128 sayılı kararlarında vurgulandığı üzere yasa yararına bozma, kesinleşen hükümde, verildiği zaman yürürlükte bulunan usul ve maddi hukuka ilişkin hukuka aykırılıkların giderilmesi ile sınırlı olduğundan, sonradan gerçekleşen yasa değişikliklerine dayanılarak bu olağanüstü yasa yoluna başvurulamayacağı gibi, Yargıtay’ca da, sonraki yasa değişiklikleri yasa yararına bozma gerekçesi yapılamaz.*” hükmü yer almaktadır.
- ⁴⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, K. 29/12, 26.10.1932: “*Adalet Bakanının uygulamadaki hatalardan başka esas ve hükme etkili olan usul hatalarından dolayı da yazılı emir vermeye yetkili olduğu, yazılı emir üzerine bozulan mahkeme hükmünün davanın esasını hallettiği surette yargılamanın tekrarlanmaması, davanın esasını halletmediği surette yargılamanın tekrarlanması gerektiği*” yine aynı kararda “*..kabul edip etmemenin hakim veya mahkemenin takdirine bağlı olduğu istekler hakkında verilen kararlar ile kanıtların değerlendirilmesine ve şahsi hakka ilişkin kararlar kanun yararına bozma konusu olamaz..*” hükmü yer almaktadır.
- ⁴⁶ Yargıtay 7. CD, E.2022/9915, K.2022/15529, 01.11.2022: “*Kanun yararına bozma yasa yolu; istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş hüküm ve kararlara karşı gidilmesi sebebiyle dar kapsamlı olup her türlü hukuka aykırılığın öne sürülüp incelenmesine elverişli bir denetim yolu değildir. Bu olağanüstü kanun yolunun amacı, ülke sahilinde uygulama birliğini sağlamak ve farklı uygulamalar sebebiyle oluşabilecek kayıpların önlenmesi açısından kabul edilmiş bir olağanüstü kanun yolu olup, ikinci bir temyiz yolu değildir. Eylemin sübutuna yönelik delillerin değerlendirilmesi ve takdire yönelik konular ile şahsi hakka ilişkin konularda Kanun Yararına Bozma olağanüstü kanun yoluna başvurulamayacağı gerek Ceza Genel Kurulu gerekse daire kararlarıyla kabul edilmiştir. Bu itibarla şahsi hak niteliğindeki vekalet ücretine yönelik Kanun Yararına bozma talebi yerinde görülmediğinden REDDİNE...*” hükmü yer almaktadır.
- ⁴⁷ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010) 1639.

C. KANUN YARARINA BOZMANIN İŞLEVİ

Kanun yararına bozma, ülke çapında mahkeme kararlarındaki hataların ortadan kaldırılması, mahkemelere emsal uygulamalar ile yol gösterilmesi ve içtihat birliğinin sağlanması bakımından önemli bir kanun yolu olarak kabul edilmektedir. Ağır ve ciddi hukuka aykırılıklar bu denetime tabi tutularak, mahkemelerin aynı hukuka aykırılıkları tekrarlamasının önüne geçilmek istenmektedir.⁴⁸ Hem bireylerin hem de toplumun hukuka aykırılıklara karşı korunması adaleti sağladığı gibi güvence de oluşturmaktadır.⁴⁹ Ülkemizde olağanüstü kanun yollarına ihtiyaç olup olmadığı konusu zaman zaman tartışılmaktadır. Özellikle istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmediği 2016 yılı öncesi Yargıtay'ın iş yükü düşünüldüğünde, farklı kanun yolu denetimlerinin zaruri olduğu söylenebilir. Bu durum 2016 yılı sonrası kısmen değişime uğramış ancak kanun yararına bozma başvuru sayısında herhangi bir azalma yaşanmamıştır. Zira istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar sayısındaki artış, hukuka aykırılıklara dayalı olarak kanun yararına bozma başvurularını etkilemiştir. Sonuç olarak olağanüstü bu kanun yoluna istinaf ve temyizden geçmeyen hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmak için ihtiyaç duyulduğu söylenebilir.⁵⁰

İstinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümlerdeki ağır ve ciddi hukuka aykırılıkların denetiminin kanun yararına bozma yoluyla yapılabilmesi önemli bir hukuki araç olarak kabul edilmektedir.⁵¹ Mahkemelerin hukuk normlarını aynı şekilde yorumlamaları kararların adil, eşit ve yeknesak şekilde verilmesine imkân tanımaktadır. Taraflar, kanunların mahkemeler tarafından ülke çapında aynı şekilde uygulandığı bilmek isterler. Bu teminat bireylerin hukuki güvenliğini de sağlamaktadır.⁵² Hukuk normlarının farklı mahkemelerde aynı ve eşit uygulanması, ülkede içtihat birliğinin sağlanması ile mümkün olmaktadır. İchtihat birliğini sağlama görevi Yargıtay tarafından yerine getirilmektedir. Olağan kanun yollarında içtihat birliğinin sağlanması dışında, olağan kanun yolu denetimine tabi olmayan ya da bu denetimden geçmeyen kararlar bakımından da içtihat birliği sağlanmalıdır. Böylece istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümler kanun yararına bozma denetimi ile hukuka ve içtihat birliğine uyumlu hale getirilmektedir. İchtihat birliğinin sağlanması bakımından olağan ya da olağanüstü kanun yolu ayrımı bulunmamaktadır. Önemli olan yürürlükteki kanunların eşit şekilde uygulanması yoluyla hukuka aykırılıkların önüne geçilmesidir. YCGK benzer içtihatlarında bu duruma işaret etmiştir.⁵³

⁴⁸ Kuyucu (n3) 19.

⁴⁹ Soyaslan (n6) 571.

⁵⁰ Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (n1) 751

⁵¹ Ünver ve Hakeri (n5) 812-813.

⁵² Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (n1) 752-753.

⁵³ YCGK, E. 2010/2-29, K. 2010/56, 23.03.2010: “..Öte yandan, kanıtların veya hukuk kurallarının yanlış değerlendirilmelerinden kaynaklanan, hüküm ve kararlardaki hukuki değerlendirme

III. KANUN YARARINA BOZMA İNCELEMESİ VE SONUÇLARI

Kanun yararına bozma başvurusu CMK'nın 309. maddesi gereğince Adalet Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Adalet Bakanlığı hukuka aykırılığı öğrenmesi ya da tespit etmesi halinde hükmün bozulması yolundaki talebini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermektedir. Davayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı açabilir.⁵⁴ Diğer taraftan CMK'nın 310. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına re'sen kanun yararına bozma davası açma yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki istisnai hallerde kullanılmaktadır. Kanun yararına bozma davası açılması bakımından mahkemelerin, Cumhuriyet savcılarının, şüphelinin, müstekinin, müdafinin veya vekilin, yasal temsilcinin veya eşinin yetkisi yoktur. Bu kişiler davanın açılması yönünden Adalet Bakanlığı'na talepte bulunabileceklerdir. Kanun yararına bozma talebinde bulunulurken hukuka aykırılık sebeplerinin açık şekilde bildirilmesi, iddiaların açıklanması istenmektedir. Akdi takdirde değerlendirme yapılması mümkün olmayacaktır.⁵⁵

A. KANUN YARARINA BOZMA BAŞVURUSU VE İNCELEMESİ

CMK'nın 309. maddesinde kanun yararına bozma davasının açılması bakımından Adalet Bakanlığı görevlendirilmiştir. İlgililerce hukuka aykırılığın öğrenilmesi durumunda yapılması gereken kanun yararına bozma talebinin Adalet Bakanlığı'na ulaştırılmasıdır. İlgili mahkemeler ya da Cumhuriyet başsavcılıkları kanun yararına bozma talebi konusunda kendiliğinden karar veremeyeceklerdir. Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma talepleri kapsamındaki hukuka aykırılıkları öğrenmesi

hatalarıyla ilgili olarak yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması olanaklıdır. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun 20.09.1993 gün ve 201-201 sayılı kararında, yargılama hukuku ile maddi hukuk kurallarına aykırılık yanında, mevcut kanıtların mahkûmiyet için yeterli olmaması ve kanıt bulunmaması hallerinde de bu yola başvurulmasının olanaklı olduğu kabul edilmiştir. Yine, Ceza Genel Kurulu 14.11.1988 gün ve 427-466 sayılı kararında 'sübut bulmayan veya yasal unsurları itibarıyla suç oluşturmadığı görülen bir eylemde, uygulamaya veya sair yasaya aykırılıklara ilişkin hususların yazılı emir üzerine incelenmesini mümkün görüp, yargılamanın temelinin ve esas amacını oluşturan sübut ve suçun tekevvün edip etmediğine ilişkin incelemeyi mümkün görmemek hukuken ve mantiken izahı mümkün olmayan bir husustur' şeklinde kabul ile suçun oluşup oluşmadığının bu yolla denetlenebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Kanun yararına bozma yoluna kesinleşmiş hüküm ve kararlara karşı gidilmesi nedeniyle kesin hükmün otoritesinin bütünüyle zedelenmemesi amacıyla bu yola başvurabilmek için hukuka aykırılık halinin ciddi boyutlara varması gerekir (YCGK. 20.12.1976-509/534 sayılı kararı). Hukuka aykırılık ise uygulanması gereken bir yasa normunun uygulanması biçiminde olabileceği gibi, uygulanması zorunlu olan bir yasa kuralının uygulanmaması biçiminde de ortaya çıkabilir. Diğer yandan, Anayasanın 141, 5271 sayılı CMK'nın 34/1, 230, 232. maddeleri uyarınca, mahkeme kararlarının sanıkları, mağdurları, C. Savcısını ve herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde gerekçeyi içermesi, hükmünde 230. maddesinde öngörülen sabit kabul edilen olaya ve uygulamaya yer verilmesi zorunlu olup, aksi hal CMK'nın 289/1-g maddesi gereğince hukuka kesin aykırılık hallerindedir. Ceza Genel Kurulunun 09.06.2009 gün ve 2009/70-153 sayılı kararında da belirtildiği üzere hükmün gerekçeyi içermemesi kanun yararına bozma konusu yapılabilecektir...'' hükmü yer almaktadır.

⁵⁴ Erhan Günay, *Olağanüstü Kanun Yolları*, (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 196.

⁵⁵ Baştürk (n25) 235.

farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Dosyanın tarafları kanun yararına bozma talebinde bulunabileceği gibi, mahkemeler ya da Cumhuriyet başsavcılıkları hukuka aykırılıkları kendiliğinden tespit ederek dosyayı Adalet Bakanlığı'na gönderebilir.⁵⁶ Hukuka aykırılığın bildirim şekli ya da kanun yararına bozma talebinin hangi kişi/kurum tarafından yapılacağı konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Önemli olan hukuka aykırılığın Adalet Bakanlığı tarafından öğrenilmesi ve bu talebin incelemeye tabi tutulmasıdır.⁵⁷ AYM bireysel başvuru sonucu yapmış olduğu incelemede kanun yararına bozma istemini "Adalet Bakanlığı takdirini harekete geçirmeye yönelik olan bir talep" olarak nitelendirmiştir.⁵⁸

Kanun yararına bozma istemi Adalet Bakanlığı'na ulaştığında öncelikle kararın ya da hükmün taraflara tebliğ edilip edilmediği, usulüne uygun şekilde kesinleşip kesinleşmediği gibi hususlar incelenmektedir. Bu inceleme sonrası kararda ya da hükümde hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı ile hukuka aykırılığın ağır ve ciddi olup olmadığı yönünden inceleme yapılmaktadır. Ayrıca hukuka aykırılığın kanun yararına bozma yoluyla giderilmesinin mümkün olup olmadığı denetlenmektedir. Eğer hukuka aykırılığın kanun yararına bozma ile giderilmesinin mümkün olduğu kanaatine varılırsa, hukuka aykırılık gerekçeleri yazılarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na kanun yararına bozma talebinde bulunulmaktadır. Kanun yararına bozmaya başvurulması bakımından Adalet Bakanlığı'nın takdir yetkisinin olup olmadığı konusunda farklı görüşler doktrinde tartışılmaktadır. Adalet Bakanlığı'nın bu yönde takdir yetkisinin bulunmadığını ileri süren yazarlar bulunmaktadır.⁵⁹ Bu görüşe göre, özellikle kesin hukuka aykırılık hallerinde Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma talebinde bulunması zorunludur ve aksi uygulama kanun yararına bozmanın amacına uygun olmayacaktır. Ancak Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma talebinde bulunmasını zorlayıcı ya da takdirini kısıtlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma talebinde bulunması ile ilgili takdir yetkisi olduğu kanaatindeyiz. Bu takdir yetkisinin kesin veya nispi hukuka aykırılıklar bakımından bir ayrımı yoktur. Adalet Bakanlığı, hukuka aykırılığın ciddi ve ağır olup olmadığını değerlendirerek hukuka aykırılığın kanun yararına bozma yolu ile giderilmesi bakımından takdir yetkisini kullanacaktır. Bu takdir yetkisi CMK'nın 309. maddesi gereğidir.

⁵⁶ Yargıtay 11. CD, E.2006/8460, K.2007/1081, 22.02.2007: "Buna göre; temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ya da hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığının söz konusu karar veya hükmün kanun yararına bozulması isteminde bulunma yetkisi olup, mahkemelerin bu yetkiyi kısıtlayacak biçimde karar vermeleri mümkün değildir. Somut olayda muterizin kanun yararına bozma ihbarını alan mahkemenin ihbarı Adalet Bakanlığına ulaştırması gerekirken, bu gereğe uymadan, "kanun yararına bozma talebine C.Savcısının katılmadığı" gerekçesiyle, kanun yararına bozma talebinin reddine karar vermesinin, hukuken geçersiz olduğu kabul edilerek, yapılan incelemede;" hükmü yer almaktadır.

⁵⁷ Kuyucu (n3) 162.

⁵⁸ AYM, K. 2013/1451, 13.06.2013, Menduh Ataç Başvurusu.

⁵⁹ Aygün Eşitli (n2) 213; Kuyucu (n3)168.



CMK'nın 309/4-d maddesinde yer alan bozma nedenleri kapsamında, hükümlünün cezasının kaldırılmasını ya da daha hafif bir cezanın verilmesini gerektirdiği hallerde kanun yararına bozma davası açma yetkisi re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir. CMK'nın 310. maddesinde re'sen kanun yararına bozma davası açma yetkisinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanındığı görülmektedir.⁶⁰ Ancak Yargıtay Kanunu'nda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanun yararına bozma görevine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bu kapsamda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekili ya da Yargıtay Cumhuriyet savcıları, Yargıtay Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı adına bu yetkiyi kullanmaktadır. CMK'nın 310. maddesinde yer alan ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınan yetkinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı olarak değiştirilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir.⁶¹

Kanun yararına bozma talebi üzerine mahalli Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yapılması gerekli birtakım işlemler bulunmaktadır. Özellikle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 31.12.2019 tarihli ve 16/1 sayılı "Kanun Yararına Bozma Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslar" konulu genelgesinde belirtilen hususlara dikkat edilmesinde yarar vardır. Bu genelgede, kanun yararına bozma talepleri kapsamında uyulması gereken usul ve ilkeler duyurulmuştur. Mahalli Cumhuriyet başsavcılıklarına yapılan bu duyuru ile işlemlerin yeknesak şekilde yürütülmesi, farklı uygulamaların önüne geçilmesi ve zaman kaybının engellenmesi amaçlanmıştır. CMK'nın yürürlüğe girmesi sonrası öncelikle 1.1.2006 tarihli ve 16 sayılı "Kanun Yararına Bozma Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslar" konulu genelge adli mercilere duyurulmuş; bu genelge sonrasında 31.12.2019 tarihli ve 16/1 sayılı genelge ile güncellenmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma başvurusu üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, kendisine ulaşan talep kapsamında dava açmak durumundadır. Bu aşamada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bir tür aracılık görevini yerine getirmektedir. Kanun yararına bozma başvurusunu dikkate alarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bir tebliğname düzenler ve Adalet Bakanlığı'nın başvurusu ilgili daireye iletir. Anlaşılacağı üzere Başsavcılığın görüşte bulunması ya da başvuruyu herhangi bir nedenle ilgili daireye ilememesi gibi usul yoktur. Dava açma yazısının tebliğname yerine ihbarname olarak adlandırıldığı da görülmektedir.⁶² Hukuka

⁶⁰ Yargıtay 18. CD, E.2017/4915, K.2018/1599, 13.02.2018: "5271 sayılı CMK'nın 310/1. maddesinde "309'uncu maddede belirtilen yetki, aynı maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendindeki hâllere özgü olmak üzere ve kanun yararına olarak re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeye istinaden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından resen kanun yararına bozma yoluna başvurulmuştur. İncelenen dosyada; sanık hakkında TCK'nın 43. maddesi uyarınca 1/4 oranında arttırıldığında yapıldıktan sonra hapis cezasının 15 ay yerine 16 ay, sonuç cezanın da 12 ay 15 gün yerine 13 ay 10 gün olarak fazla belirlenmesi hukuka aykırı görülmüştür." hükmü yer almaktadır.

⁶¹ Baştürk (n25) 256.

⁶² Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016) 653; So-

aykırılık gerekçelerinin değiştirilmesi ya da ekleme çıkarma yapılması mümkün değildir. Benzer şekilde hukuka aykırı olduğu belirtilen bir karar/hüküm dışında farklı bir karar/hüküm bakımından da tebliğname hazırlanamaz. CMK'nın 309/2. fıkrası uyarınca hukuka aykırılık gerekçelerinin aynen yazılması zorunlu kılınmıştır. Başsavcılık görevli daireyi belirler ve tebliğnameyi hazırlayarak dosyayı gönderir.⁶³

Kanun yararına bozma talebi, dosyanın temyiz edilmesi durumunda gönderileceği ilgili ceza dairesine sevk edilir. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinde olağanüstü kanun yolu başvurularını inceleyecek ceza dairelerine ilişkin düzenleme yapılmıştır.⁶⁴ Temyiz davasında dosyayı incelemekle görevli mahkemenin, olağanüstü kanun yolları bakımından da görevli olduğu, benzer durumun Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı dosyalar bakımından da geçerli olduğu düzenlenmiştir.⁶⁵ CMK'nın 309/3. fıkrası uyarınca, dosya kendisine sevk edilen ceza dairesi, ileri sürülen hukuka aykırılık gerekçelerini yerinde görürse, karar veya hükmün kanun yararına bozulmasına karar vermektedir. Diğer yandan sadece ceza daireleri değil, YCGK tarafından da kanun yararına bozma konusunda karar verilebilir.⁶⁶ Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan uyuş-

yaslan (n6) 571; Toroslu ve Feyzioğlu (n12) 443.

⁶³ Kuyucu (n3) 178.

⁶⁴ Yargıtay Kanunu'nun "Dairelerin görevleri" kenar başlıklı 14. maddesinde, "...Ceza dairelerinde:....c) Temyiz davasına bakmakla görevli olan daire, Yargıtayın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu davalar ile olağanüstü kanun yollarına ilişkin davalara bakmakla da görevlidir" hükmü yer almaktadır.

⁶⁵ Yargıtay Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, K.2/2, 11.04.1974: "Yargıtay Kanununun 13. maddesinde güdülen amaca göre; işin esasının hangi dairenin görevine dahilse yazılı emir konusunun incelenmesinin o dairece yapılması gerekir. Mücerret Ağır Ceza Mahkemesinin uyumsuzluğun çözümlenmesi için bir merci itihazi, görevli daireyi tayinde kıstas olamaz. Konu, tehlikeli vasıta kullanmaktan O. hakkında Sulh Ceza Mahkemesine açılan dava üzerine olayda yaralanan M.Ç. müdahil olarak yaptığı şikâyet üzerine bu mahkemece, eylemin TCK'nun 459.maddesi urunda tedbirsizlikle yaranlanmaya sebebiyet vasfını kazandığı gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmesinden ibarettir. Bu itibarla incelenmenin TCK. nun 456. madde göz önüne alınarak Yüksek Dördüncü Ceza Dairesince yapılması gerekir." hükmü yer almaktadır.

⁶⁶ YCGK, E.2020/16-359, K.2023/539, 18.10.2023: "Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; hakkında verilen mahkûmiyet hükümleri 05.10.2012 tarihinden kesinleşen ve alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçtan yargılanan sanığa; duruşmada müdafî tayin edilmemesinin savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir...Davanın esasını çözen mahkûmiyet dışındaki diğer hükümlerin bozulmasında ise (c) bendi uyarınca aleyhte sonuç doğurucu herhangi bir işlem yapılamayacağı gibi "tekriri muhakeme" yasağı nedeniyle kanun yararına bozma kapsamında yeniden yargılama da gerekmeyecektir.4'üncü fıkranın (d) bendi gereğince bozma nedeninin hükümlüğün cezasının kaldırılmasını gerektirmesi hâlinde, cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektirmesi hâlinde ise bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesince doğrudan hükmedilecektir. Bu halde de yargılamanın tekrarlanması yasağı bulunduğuundan, Yargıtay ceza dairesince hükmün bozulması ile yetinilmeyip, gereken kararın doğrudan ilgili daire tarafından verilmesi gerekmektedir. Kanun yararına başvuru nedeniyle yapılan inceleme sırasında, Adalet Bakanlığının istem yazısında ileri sürülmeyen ve sonuca etkili bulunan başkaca hukuka aykırılıklar görüldüğünde, bu yönlerden de başvuruda bulunulmasını sağlamak bakımından Adalet Bakanlığına ihbarda bulunulması, ihbar üzerine başvuruda bulunulması hâlinde ise tüm hukuka

mazlıklar YCGK tarafından karara bağlanmaktadır. Sonuç olarak kanun yararına bozma denetimini Yargıtay Ceza Dairesi yapabileceği gibi YCGK da yapabilir.⁶⁷

Yargıtay'a gelen dosyalar daireler arasında iş bölümüne göre dağıtılmasından sonra ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Yargıtay Kanunu'nun 40. maddesi ve Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 18. maddeleri nazara alındığında ön incelemenin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁸ Ön inceleme sadece ceza ve hukuk daireleri için geçerli değildir. Özel hükümler ayrı kalmak koşuluyla YCGK da bu ön incelemeyi gerçekleştirir. Esasen temyiz için geçerli olan ön inceleme usulü kıyasen kanun yararına bozma incelemesi için de uygulanmaktadır. Temyiz bakımından ön inceleme temyiz isteminin süresi, kararın temyiz denetimine tabi olup olmadığı ve diğer usul eksiklikleri hakkında yapılmaktadır.⁶⁹ Ön inceleme yoluyla usul yönünden eksiklik bulunan dosyalar tespit edilerek esas yönünden inceleme yapılması engellenmiş olur. Böylece ya davanın reddine karar verilir ya da davanın esastan incelemesi gerçekleştirilir. Kanun yararına bozma talebi kapsamında, kanun yararına bozma başvuru şartlarının oluşup oluşmadığı (kararın istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesi v.b.), görevin başka bir daireye ait olup olmadığı, dosyada belge eksikliği bulunup bulunmadığı (tebligat parçası v.b.), hükmün ya da kararın kesinleşmemesi gibi durumlar öncelikle değerlendirilerek karara bağlanır.⁷⁰ Kanun yararına bozma davası ön inceleme sonucunda yukarıda açıklanan koşulları taşıyorsa, Yargıtay ilgili Ceza Dairesi veya YCGK tarafından artık davanın esası

aykırılıkların bir defada giderilmesi gerekmektedir. Ceza Genel Kurulunun 29.09.2009 tarihli ve 177-210 sayılı kararında da vurgulandığı üzere kanun yararına başvuru ve olağanüstü temyiz denilen kanun yolunda geçerli "istekle bağlılık kuralı" gereği, isteme konu edilmeyen hüküm ve hukuka aykırılıklar, kanun yararına bozma konusu yapılamayacaktır. Burada aranması gereken, bizzat istem yazısına konu edilen hüküm, buna ilişkin ileri sürülen aykırılık olgusu ve sebepler ile bağlılıktır." hükmü yer almaktadır.

⁶⁷ Ünver ve Hakeri (n5) 819-820.

⁶⁸ Yargıtay Kanunu'nun "Dairelerin Çalışması" kenar başlıklı 40. maddesinde, "... Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve iş bölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönlerinden ön incelemeye tabi tutulur. Ön inceleme sırasında, temyiz incelemesinin başka daireye ait olduğu, temyiz kabiliyetinin bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olmadığı, temyiz şartının yerine getirilmediği veya diğer usul eksiklikleri bulunduğu saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır. Yukarıdaki fıkralar, özel hükümler saklı kalmak üzere Hukuk ve Ceza Genel Kurulları çalışmalarında da uygulanır." hükmü yer almaktadır. Yargıtay İç Yönetmeliği'nin "Dairelerde Dosyaların Ön İncelemesi" kenar başlıklı 18. maddesinde, "Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve iş bölümü, temyiz edilebilir nitelikte bulunup bulunmadığı, temyiz isteğinin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksikleri yönlerinden ön incelemeye tâbi tutulurlar. Ön inceleme sırasında, temyiz incelemesinin başka daireye ait olduğu, temyiz edilebilir nitelikte bulunmadığı, temyiz isteğinin süresi içinde olmadığı, temyiz şartının yerine getirilmediği ve diğer usul eksiklikleri bulunduğu saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır." hükmü yer almaktadır.

⁶⁹ Ünver ve Hakeri (n5) 792.

⁷⁰ Aygün Eşitli (n2) 217.

incelenecektir.⁷¹ Bu aşamada artık görevsizlik kararı verilmeyeceği ve dosyada herhangi bir eksikliğin bulunmadığı kabul edilmektedir. Dosyadaki hukuka aykırılıkların esaslı olup olmadığı, ortadan kaldırılmasının gerekip gerekmediği yönünden inceleme yapılacaktır. Yapılan inceleme sonunda, kanun yararına bozma davasının kabulüne ya da reddine karar verilmektedir.

B. KANUN YARARINA BOZMA DAVASININ SONUÇLARI

Yargıtay incelemesi sonucu kanun yararına bozma davası bir ilam ile son bulmaktadır. Bu ilam ile kanun yararına bozma talebi kabul edilerek bozma kararı verilebileceği gibi kanun yararına bozma talebi reddedilebilir. Her iki halde de karar gerekçesi önem taşımaktadır. Kanun yararına bozmanın amacı ağır hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmak, uygulama birliğini sağlamak ve mahkemelere yol göstermek olduğundan gerekçe daha da önem kazanmaktadır. Yargıtay'ın kanun yararına bozma talebi üzerine verdiği ret ve kabul kararlarının eğitici nitelikte olması gerektiği kabul edilmektedir.

1. Kanun Yararına Bozma Davasının Reddi

Yargıtay denetimi sonucu kanun yararına bozma talebi yerinde görülmez ise talebin reddine karar verilmektedir. Talebin reddi kararı üzerine artık aynı nedene dayalı olarak kanun yararına bozma talebinde bulunulamaz. Kanun yararına bozma talebinin reddi kararına karşı CMK'nın 308. maddesinde yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı itirazı yoluna başvurulabilir. İtiraz üzerine daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse dosyayı YCGK'na gönderir. YCGK'nın inceleme sonucu verdiği kararlar kesindir.⁷²

2. Kanun Yararına Bozma Talebinin Kabulü ve Bozma Kararının Etkisi

Kanun yararına bozma talebinde ileri sürülen hukuka aykırılıkların yerinde görülmesi durumunda hükmün ya da kararın kanun yararına bozulmasına karar verilecektir. CMK'nın 309/3. fıkrasında bu hususta genel bir düzenleme yapılmıştır.⁷³ CMK'nın 309/4. fıkrasında ise bozma nedenlerine ve karar çeşitlerine yer verilmiştir. Hükmün ya da kararın bozulması sonucu ilgili daire veya YCGK, dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermektedir. Burada amaç kanun yararına bozma kararı üzerine CMK'nın 308. maddesinde yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı itirazı yoluna başvurulup başvurulmaması konusunda takdir yetkisinin kullanılmasını sağlamaktır. Eğer olağanüstü itiraz yoluna başvurulmaz ise dava dosyası Adalet Bakanlığı'na gönderilmektedir. Adalet Bakanlığı muhakemenin yeniden başlaması, infaza müteallik işlemlerin gerçekleştirilmesi veya mahallinde halli gereken hususların tamamlanması için dosyayı mercine gönderecektir. Eğer

⁷¹ Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018) 265-267.

⁷² Baştürk (n25) 304.

⁷³ Aygün Eşitli (n2) 223.

kanun yararına bozma yoluna re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı başvurmuşsa dosyanın mahalline gönderilmesi işlemi Başsavcılık tarafından gerçekleştirilecektir. CMK'nın 309/4. fıkrası gereğince bozma sonrası yapılacak işlemler şu şekildedir:

1. Gerekli inceleme ve araştırma yapıldıktan sonra hâkim veya mahkemece yeniden karar verilecek durumlar (CMK 309/4-a, b)
2. Yeniden yargılama yapılmayacak durumlar (CMK 309/4-c)
3. Hükümlünün cezasının kaldırılması veya daha hafif bir cezanın verilmesi gerektiği hallerde Yargıtay ceza dairesinin doğrudan karar vereceği durumlar (CMK 309/4-d)

Kanun yararına bozma denetimi ile ilgili genel ilke CMK'nın 309/3. fıkrasında açıklanmıştır. Buradan hareketle her hukuka aykırılığın kanun yararına bozmanın konusu olmayacağı ve bozma nedenlerinin sınırlı olduğu söylenebilir. Kanun yararına bozma nedenlerinin yer aldığı CMK'nın 309/4. fıkrasında hangi hüküm ve kararların kanun yararına bozma denetimi ile inceleneceğine ve denetim usulüne ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. CMK'nın 309/4-a ve 309/4-b maddeleri gereğince hâkim veya mahkemece yeniden yargılama yapılarak karar verilecek hallerde, hüküm ve kararın olağan kanun yollarına tabi olacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. CMK'nın 309/4-c düzenlemesine göre ise karar, davanın esasına çözmekle birlikte mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise aleyhe sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez. CMK'nın 309/4-d maddesi kapsamında kanun yararına bozma kararı verilmesi halinde cezanın kaldırılmasına veya daha hafif bir cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmedecektir. Mahallinde yürütülmesi gereken herhangi bir muhakeme bulunmamaktadır. İnfaza müteallik işlemler Yargıtay kararı doğrultusunda mahalli Cumhuriyet savcılığı tarafından gerçekleştirilecektir.⁷⁴ Mülga CMUK'un 343. maddesinde yer alan yazılı emirle bozma yolunda verilen kararlara karşı direnilmesi mümkün olmuştur. CMK'nın 309/5. maddesi gereği kanun yararına bozma kararına karşı direnme imkânı ise bulunmamaktadır. Kanun yararına bozmanın olağanüstü niteliği dikkate alındığında direnme imkânının bulunmamasının yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Diğer yandan kanun yararına bozma kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının mümkün olması ve Yargıtay ceza dairesi tarafından verilen kararın YCGK tarafından incelenebilmesi, olası hukuka aykırılıkların denetimi bakımından önemlidir.⁷⁵

Yargıtay uygulamalarında CMK'nın 309/3. fıkrasına dayalı olarak da kanun yararına bozma kararı verildiği görülmektedir.⁷⁶ Örnek olarak yargılamanın yeni-

⁷⁴ Kuyucu (n3) 217.

⁷⁵ Baştürk (n25) 306.

⁷⁶ Yargıtay 23. CD, E.2016/8277, K.2016/6274, 12.05.2016: “..Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21/11/2006 tarihli ve 2006/3-246 Esas, 2006/261 Karar sayılı ilamında; “Olayımızda; yasa yararına bozmaya konu edilen hukuka aykırılık, mahkûmiyet hükmünün esasına dâhil olan bir hususla ilgilidir. Dolayısıyla, söz konusu hukuka aykırılığın 5271 sayılı Yasanın 309. maddesinin 4.

lenmesi talebinin reddine ilişkin merci kararının ve vekalet ücretinin fazla takdir edilmesine ilişkin kararın kanun yararına bozulması gösterilebilir. Ancak CMK'nın 309/3. fıkrasına dayalı olarak verilen kanun yararına bozma kararlarının istisnai olduğunu söylemek gerekir. Çünkü hüküm veya karar hukuka aykırılık içermekle birlikte kanun yararına bozmanın konusu olmayabilir. Genel uygulama CMK'nın 309/4. fıkrasında yer alan hukuka aykırılık denetimine ilişkindir. Kıyasen bu uygulamanın genişletilmesi mümkün değildir. Doktrinde CMK'nın 309/3. fıkrasına dayalı olarak bozma kararı verilmesi bu nedenle eleştirilmektedir.⁷⁷ Kanun yararına bozma denetiminin sınırlı ve olağanüstü olması karşısında, genel bir hukuka aykırılık nedenine dayanılmayacağı belirtilmektedir.⁷⁸

Yargıtay kararlarına çoğunlukla kazanılmış hak olarak yansıyan “*Reformatio in peius*”⁷⁹ olarak da belirtilen “aleyhe değiştirme yasağı” kanun yolu davalarında önemli bir konu başlığıdır. Kararın sonuçlarının ve cezanın sanık aleyhine kötüleştirilmemesi olarak açıklanabilecek bu kuraldan sadece sanıklar değil, infaz aşamasındaki hükümlüler de yararlanabilmektedir. Denetim muhakemesinde verilen karardan etkilenen ancak kanun yoluna başvurmayan diğer sanıkların da bu sonuçtan yararlanması mümkündür. Bu duruma yayılma etkisi denilmektedir.⁸⁰ Aleyhe değiştirme yasağı kuralına göre, kanun yoluna sadece sanık lehine başvurulmuş ise istinaf, temyiz ya da kanun yararına bozma incelemesi sonunda hükmün bozulması durumunda; yeniden yapılan yargılama sonucu verilen karar önceki kararın sonuçlarından ve cezadan ağır olamayacaktır.⁸¹ İlk derece mahkemesi bozma üzerine yapacağı yeniden yargılama sonucu vereceği kararda, ilk karara göre hükmü sanık

fıkrasında sayılan dört halden birisi içerisinde mütalaa edilebilmesi mümkün değildir. Şu halde; 5271 sayılı Yasanın 309. Maddesinin 4. fıkrasındaki kararlardan birisi verilemeyeceğine göre, Özel Dairece; hükmün, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “para cezalarının ertelenemeyeceği yönüyle aleyhe sonuç doğurmayacak biçimde bozulması” ile yetinilmesi, bunun yanında başka bir karar verilmemesi gerekirken, hükümde aleyhe sonuç doğuracak biçimde düzeltme yapılmış olması isabetli bulunmamıştır.” şeklinde açıklandığı, Bu bilgiler ışığında (2) no'lu kanun yararına bozma talebi değerlendirildiğinde; Yerel mahkemece sanık hakkında hükmolunan hapis cezası yanında adli para cezasının da ertelenmiş olması ve bu kararın da temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş olması nedeniyle sanık yönünden kazanılmış hakka konu oluşturacağı ve bu hususa ilişkin kanun yararına bozma talebinin 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kabulüne karar verilerek mahkeme kararının bu husus yönünden aleyhe sonuç doğurmayacak şekilde bozulmasının gerektiği kanaatine varılmıştır.” hükmü yer almaktadır.

⁷⁷ Baştürk (n25) 309.

⁷⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu (n47) 1842.

⁷⁹ Sesim Soyer Güleç, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio In Peius) Yasağı”, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, (2019) 21 (Özel Sayı), *D.E.U. Hukuk Fakültesi Dergisi* 745-750, Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio In Peius) Yasağı*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2018) 65-67.

⁸⁰ Soyaslan (n6) 597, Erdem ve Şentürk (n71) 282.

⁸¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020) 827.



aleyhine değiştiremeyecektir.⁸² Bu kural ile sanığın kanun yollarına özgür ve tereddütsüz şekilde başvurması sağlanmaktadır. Sanık kararın aleyhine değiştirileceği endişesi taşımaz.⁸³ Sanığa hakkındaki cezanın daha ağırlaştırılmayacağı garantisi verilerek, hak arama yolları açılmış olur. Ancak kuralın, mahkemelerin vereceği kararlara getirilen bir kısıtlama olduğu iddiası da bulunmaktadır.⁸⁴

Aleyhe değiştirme yasağı, CMK’da yer alan olağan kanun yolları olan istinaf⁸⁵ ve temyiz⁸⁶; olağanüstü yasa yolları olan kanun yararına bozma⁸⁷ ve yargılamanın yenilenmesi⁸⁸ denetimleri bakımından geçerlidir.⁸⁹ Mülga CMUK döneminde ise aleyhe değiştirme yasağı sadece temyiz ve yargılamanın yenilenmesi kanun yolları için kabul edilmiştir. Aleyhe değiştirme yasağı diğer kanun yollarına nazaran, kanun yararına bozma yolunda kısıtlı bir alanda etkilidir. CMK’nın 309/4-b maddesinde yer alan “..bozma nedenleri mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkeme yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” şeklindeki düzenleme ile yasağın sadece belirli bir alanda etkili olacağı kabul edilmiştir.⁹⁰ Kuralın uygulanması aşamasında, önceki hükmün tüm sonuçları bakımından değerlendirme yapılmalıdır.

CMK’da cezalar hapis ve adli para cezası olarak kabul edildiğinden, güvenlik tedbiri gibi hususlarda aleyhe değiştirme yasağının uygulanıp uygulanmayacağı- nın tespiti gereklidir. Hukukumuzda güvenlik tedbirleri aleyhe değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmemektedir. Yargıtay uygulamalarında güvenlik tedbirleri ile müsadere, hak yoksunlukları gibi müesseselerin aleyhe değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmediği görülmektedir.⁹¹ Gerekçe ise bu kurumların ceza olarak nitelendirilmemesidir. İlk hükümdeki ceza, yaptırım, güvenlik tedbirleri ve hak yoksunlukları gibi kurumların da aleyhe değiştirme yasağı kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁹²

⁸² Ersoy (n79) 67-73.

⁸³ Günay (n54) 202-203.

⁸⁴ Baştürk (n25) 22

⁸⁵ CMK m. 283.

⁸⁶ CMK m. 307/5.

⁸⁷ CMK m. 309/4-b.

⁸⁸ CMK m. 323/2.

⁸⁹ Ali Rıza Çınar, “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, (2013) 19 (2), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 605.

⁹⁰ Ersoy (n79) 390-393.

⁹¹ Soyer Güleç (n79) 741.

⁹² Seydi Kaymaz, “Ceza Muhakemesinde Aleyhe Değiştirme Yasağı”, (2013) 19 (2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1427.

SONUÇ

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 343. maddesinde "yazılı emir" başlığında düzenlenen olağanüstü denetim yolu, 5271 sayılı CMK'nın 309 ve 310. maddelerinde "kanun yararına bozma" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Bu süreçle birlikte adil yargılanma hakkının korunması, maddi gerçeğe ulaşılması, içtihat birliğinin sağlanması ve hukuka aykırı kararların ortadan kaldırılması amacıyla kanun yararına bozma denetim yolu etkin şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Son hukuki çare olarak görülen bu olağanüstü denetim yoluna başvuru sayısında yıllar içerisinde büyük artışlar yaşanmıştır.

Hukuka aykırı kararların ortadan kaldırılmasının yanında kesin hüküm otoritesinin korunması doktrinde sıklıkla tartışılan konu başlıkları arasında yer almaktadır. Kanun yararına bozma başvurusu sonucu Yargıtay Ceza Daireleri ve YCGK tarafından verilen ilamlar, hukuka aykırı kararların ortadan kaldırılmasında, ülke çapında kanunların yeknesak şekilde uygulanmasında ve uyuşmazlıkların çözülmesinde önemli rol oynamaktadır. Ancak her hukuka aykırılığın kanun yararına bozma konusu yapılamayacağı dikkate alındığında, bu denetim yoluna başvuru için başkaca şartların aranması zorunlu görülmektedir. Zira kanun yararına bozma yoluna başvurusu için karar ya da hükmün sadece istinaf veya temyiz incelemesinden geçmemiş olmasının ve hukuka aykırılığın aranması sonucu bu denetim yolu şüpheli/sanık/hükümlü tarafından kolay ulaşılabilen bir kanun yolu haline gelmiştir. Örneğin, bir sayfalık dilekçeye sığdırılan birçok hüküm/karar için kanun yararına bozma yoluna başvurulabilmektedir. Başvuru üzerine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından inceleme yapılması zorunludur. Bu durum ise kanun yolunun olağanüstü niteliğinin sürekli tartışılmasına neden olmaktadır.

İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 nolu protokolün 2. maddesinde cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişinin mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkına haiz olduğu ancak bu hakkın yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olanak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabileceği yer almaktadır. Ülkemizde az önemli suç veya önemli suç ayırımının bulunmadığı gözetildiğinde kanun yararına bozma olağanüstü denetim yolunun kapsamının sınırlandırılması gereklidir. Zira istinaf/temyiz kanun yollarına tabi olmayan bir karar dahi kanun yararına bozma denetim yoluna konu olabilmektedir. Örneğin hakaret suçundan yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında TCK'nın 125/1, 62/1 ve 52/2 maddelerinin uygulanması ile 7.500,00 TL doğrudan adli para cezasına karar verilmesi halinde bu karar 15.000,00 TL'nin altında olduğu için istinaf kanun yolu kapalıdır. Ancak hükümlü kesin olarak verilen bu kararı kanun yararına bozma yoluna getirebilir. Bu durum olağan ve olağanüstü kanun yolları ayırımı açısından da tezat oluşturmaktadır.



Kanun yararına bozmaya ilişkin başvuru sayılarında büyük artışlar yaşanması, tarafların son hukuki çare olarak bu yola başvurduğunu göstermektedir. Ancak kanun yararına bozma olağan kanun yoluna dönüşmemeli; istisnai ve olağanüstü niteliği korunmalıdır. Bu nedenle kanun yollarına başvuru şartlarında değişiklik yapılarak kanun yararına bozma denetim yolunun yeniden düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu kapsamda;

CMK'nın 272/3-a bendi gereğince hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen onbeş bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulamamaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinin onuncu fıkrası gereğince onbeş bin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar da kesin olarak kabul edilmektedir. Bu kararlara itiraz yolu kapalıdır. Öncelikle anılan kararlara ilişkin kesinlik sınırı uygulaması kaldırılmalı ve itiraz yolu açılmalıdır. Kesinlik sınırının kaldırılması ve itiraz yolunun açılması sonucu ilgili kararlara karşı kanun yararına bozma yolunun kapatılması için CMK'nın 309. maddesinde düzenleme yapılmalıdır. İtiraz kanun yolu incelemesinin yapılması bakımından merci ağır ceza mahkemeleri kurulmalı; iş bölümü ve tevzi kriterleri belirlenmelidir.

CMK'nın 309. maddesinde değişiklik yapılarak *itiraz, istinaf ve temyiz* incelemesinden geçmeksizin kesinleşen ve hukuka aykırılık bulunan hükümlere/kararlara karşı kanun yararına bozma yolunun açık tutulması gerekir. Ancak itiraz kanun yolu bakımından birtakım istisnaların getirilmesi hukuka aykırı hükümlerin/kararların ortadan kaldırılması açısından önemlidir. Örneğin kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara itiraz üzerine verilen sulh ceza hakimliği kararlarına, infaza müteallik konularda infaz hakimliği kararlarına (merci ağır ceza mahkemesi kararlarına) ve onbeş bin Türk Lirası üzerindeki adli ve idari para cezalarına karşı (değişiklik ile merci ağır ceza mahkemesi kararlarına) kanun yararına bozma yolu açık tutulmalıdır.

5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinde belirtilen ve davanın esasını çözen beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi kararlarına karşı kanun yararına bozma denetim yolu kapatılmalıdır. Görevsizlik ve yetkisizlik kararları sonucu henüz muhakeme sonuçlanmadığından, yargılama sonucu verilen kararların olağan kanun yolları ile denetlenmesi mümkün olduğundan bu kararlara karşı da olağanüstü ve istisnai yol olan kanun yararına bozma yolu açık tutulmamalıdır.

Kanun yararına bozma denetim yoluna başvuru için usulü birtakım şartlar getirilmelidir. Örnek olarak hukuka aykırılığı ileri sürülen kararın/hükümün kesinleşmesi tarihinden itibaren belirli sürelerin geçmemesi veya başvuru harcı yatırılması gösterilebilir. Bu uygulamalar ile kanun yararına bozmanın olağanüstü niteliğinin korunması ve her hukuka aykırılık için bu yola başvurulmasının engellenmesinin mümkün olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Akkaya Ç, Kanun Yararına Bozma ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi, (Kartal Yayınevi, Ankara 2007)

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, (Savaş Yayınevi, Ankara 2019)

Akyürek G, Yargılamanın Yenilenmesi, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016)

Alniak M İ, “Fransız Ceza Usul Hukukunda Kanun Nef’ine Temyize Müracaat Tarikeleri”, (1969) 3 (4), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 83-100

Aygün Eşitli E, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kanun Yararına Bozma” (2016) (122), TBB Dergisi 193-234

Avcı M, “6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, (2015) 13 (152), Legal Hukuk Dergisi 35-106

Bakım S, “Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi”, (2013) 19 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 919-952

Baştürk İ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yararına Bozma, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022)

Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, (19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020)

Çınar A R, “Aleyhe Değişirme Yasağı Kuralı”, (2013) 19 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 603-666

Erdem M R ve Şentürk C, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018)

Ersoy U, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi” (2015) 10 (29), Ceza Hukuku Dergisi 67-124

Ersoy U, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio In Peius) Yasağı, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2018)

Günay, E, Olağanüstü Kanun Yolları, (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023)

Gültaş V, Tutuklama ve Kanun Yolları, (2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2008)

Gürkan M F, Deniz Y ve Boz S S, “İdari Yargıda Kanun Yararına Bozma”, (2013) 21 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-127

Gökçen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku, (7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023)



Güleç S S, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio In Peius) Yasağı”, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, (2019) 21 (2), D.E.U. Hukuk Fakültesi Dergisi 701-750

İhtiyaroğlu U, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisine Yönelik Bir Değerlendirme”, (2023) (71), Adalet Dergisi 1163-1188

Kara B C, “İdari Yargılama Usulünde Kanun Yararına Temyiz”, (2020) 11 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 353-371

Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku, (2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016)

Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010)

Kuyucu A A, Ceza Yargılaması Hukukunda Kanun Yararına Bozma (Yetkin Yayınevi, Ankara 2020)

Öner H, “Muhkem Kaziyenin İstisnaları 2-Yazılı Emir [1]”, (1974) 38 (8), Adalet Dergisi 752-776

Salihoğlu H, Parlar A ve Öztürk M, Olağanüstü Yasa Yolları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (1. Baskı, Aristo, İstanbul 2018)

Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020)

Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II, (12.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022)

Taner F G, “Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol” (2018) (135) TBB Dergisi 185-234

Tezcan Yüksel, E S, Türk Ceza Yargılama Usulünde İlk Kanun: 1879 Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati ve Mahkemelerin Görev ve Yetkisi, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023)

Toroslu N ve Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku, (21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021)

Turinay F Y, “1879 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-İ Muhakemat-I Cezaiye Kanun-U Muvakkatı) Üzerine Bir İnceleme”, (2021) 11 (1), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 169-228.

Ünver Y ve Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, (19. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022)

Yılmaz E, Olağanüstü Temyiz, (1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003)

Yüksektepe M A, Adil Yargılama ve Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, (1. Baskı, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul 2020)

ŞEHİR İÇİ RAYLI ULAŞIM SİSTEMLERİ VE METRO PROJELERİNİN MERKEZİ İDARE TARAFINDAN DEVRALINMASI VE ÜSTLENİLMESİ

*Takeover and Undertaking of Urban Rail Transportation Systems
and Metro Projects by the Central Administration*

Muhammed GÖÇÜN*

Özet

Şehir içi toplu taşıma ve ulaşım hizmetlerinin yerine getirilmesi, kanun koyucu tarafından mahallî idarelere görev olarak verilmiştir. Bu hizmetler kapsamında yer alan raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin çok yüksek maliyetli yatırım ve uzmanlık gerektirmesi nedeniyle mahallî idareler tarafından hayata geçirilmesinde zorluklar yaşanmaktadır. Mahallî idareler üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olan merkezî idare, özellikle büyükşehirlerde yapımına başlandığı halde devam ettirilemeyen projeleri devralmakta ya da hiç başlanılmamış projelerinin yapımını üstlenebilmektedir. Bu husustaki irade, nihai olarak Cumhurbaşkanı tarafından geniş bir takdir yetkisine dayalı olarak Cumhurbaşkanı kararı şeklinde ortaya konulmaktadır. Merkezî idarenin kanunla mahallî idarelere görev olarak verilen bir hizmeti devralması ya da üstlenmesi, idari vesayet kapsamında nadiren uygulanan ikame yetkisinin bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Ne var ki merkezî idarenin mahallî idareler üzerindeki idari vesayet yetkisi ancak kanunla tanınabilecek bir yetki olduğu gibi idari vesayet ilişkisi kapsamında nadiren kullanılan ikame yönteminin sınırları ve kapsamı da kanunla açık ve net bir şekilde belirlenmelidir. Aksi halde öncelikle yasal dayanağı olmayan bir idari işlemin tesisi söz konusu olduğundan idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık gündeme gelir. Ayrıca Anayasa uyarınca mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanması fonksiyonunu ifa etmesi gereken mahallî idarelerin özerkliği ilkesine ve dolayısıyla da Anayasa'nın 123. maddesinde zikredilen yerinden yönetim esasının gereklerine aykırı hareket edilmiş olur.

Anahtar Kelimeler: Yerinden yönetim, merkezî idare, idari vesayet, devralma ve üstlenme, ikame.

Abstract

The legislature has assigned the fulfilment of urban public transport and transportation services to local administrations. Rail transportation systems and metro projects, which are included in the scope of these services, are difficult to implement by local administrations due to their high cost investment and expertise requirements. The central government, which has administrative tutelage authority over local governments, can take over projects that have been started but cannot be sustained or undertake the construction of projects that have never been started, especially in metropolitan areas. The will in this respect is ultimately expressed by the President of the Republic in the form of a Presidential decree, based on a broad discretionary power. The central administration's taking over or undertaking a service assigned to local administrations by law is a manifestation

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.08.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, muhammed.gocgun@ankaramedipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3918-759X>.



of substitution power, which is rarely exercised under administrative tutelage. However, as the administrative tutelage power of the central administration over the local administrations is an authority that can only be granted by law, the limits and scope of the substitution method, which is rarely used within the scope of the administrative tutelage relationship, must be clearly and precisely determined by law. Otherwise, first of all, the principle of legality of the administration would be contradicted, since an administrative act without a legal basis would be established. Furthermore, it would be contrary to the autonomy of local administrations, which are required to fulfil the function of meeting local common needs in accordance with the Constitution. This is in contravention of the principle of decentralisation mentioned in Article 123 of the Constitution.

Keywords: Decentralization, central administration, administrative tutelage, takeover and undertake, substitution.

GİRİŞ

Anayasa'nın 123. maddesinin 2. fıkrasında idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı; 127. maddesinin ilk fıkrasında ise mahallî idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan kamu tüzelkişileri olduğu belirtilmiştir. 127. maddenin 5. fıkrasına göre de merkezî idare, mahallî idareler üzerinde kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Üniter yapıllı devletlerde idarenin bütünlüğünün sağlanmasındaki en önemli araçlardan biri olan idari vesayet yetkisi, mahallî idarelerin ağırlıklı olarak işlemleri ve organları üzerinde kullanılan istisnai bir yetkidir. Merkezî idarenin mahallî idarelerin görevli olduğu bir konuda mahallî idarelerin yerine geçerek ve kendi iradesini mahallî idarelerin iradesi yerine koyarak faaliyette bulunması olarak tanımlanabilecek olan ikame ise idari vesayet ilişkisi kapsamında çok nadir ve sınırlı şekilde kullanılan bir yöntemdir¹.

Gerek 5393 sayılı Belediye Kanunu (md. 15/1-f) gerekse 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (md. 7/1-p) hükümleri uyarınca toplu taşıma hizmetlerinin yürütülmesi ve bu kapsamda raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemlerinin kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettirilmesi mahallî idarelerin yetki, görev ve sorumlulukları arasındadır. Bununla birlikte söz konusu yetki ve görevler kapsamında yer alan şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin kurulması ve metro yapımı, yüksek maliyetli ve bu nedenle de çoğu zaman borçlanma gerektiren yatırımlardır. Mahallî idareler bu borçlanmaları 5393 sayılı Kanun'un 68. maddesi ile 4749 sayılı Kamu Finansmanı Ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri doğrultusunda gerçekleştirmektedirler. Bununla birlikte ülkemizde yakın tarihte büyükşehir belediyelerinin başlayıp ekonomik sebeplerle uzun süre boyunca tamamlayamadığı metro projeleri, kamu hizmetlerinin süreklilik ve uyarlanma ilkesi doğrultusunda yürütülememesine yol açmıştır. Kamu hizmetlerindeki bu aksamaya kayıtsız kalamayan merkezî idare, bu projeleri devralarak tamamlamış ve halkın hizmetine sunmuştur. Bu durum öncelikle geçici yasal düzenlemelerle hukuksal dayanağa kavuşturulmuş daha sonra ise merkezî idarenin raylı ulaşım sistemi ve metro yapımını mahallî idareler adına üstlenerek hayata geçirmesine yönelik mevzuatımızda kalıcı değişikliklere gidilmiştir.

¹ Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi Ankara 2013) 91.

Belirtmek gerekir ki raylı ulaşım sistemi ve metro yatırımlarının önemli nitelikte kamusal harcama gerektirmesi nedeniyle bu yatırımların gerçekleştirilmesi süreci, merkezî idarenin mahallî idareler üzerindeki idari vesayet yetkisinin yoğun şekilde tezahür ettiği bir alandır. Söz konusu sürece ilişkin idari vesayet yetkisi ilgili düzenlemeler uyarınca Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından kullanılmaktadır.

Bununla birlikte merkezî idarenin toplu taşıma hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi kapsamında sahip olduğu en önemli yetki ise şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınması ve yapımının üstlenilmesidir. Bu nedenle idari vesayet makamı olan merkezî idarenin kanun koyucu tarafından mahallî idarelerin görev alanı kapsamına alınarak mahallî kamu hizmeti olarak kabul edilen bir faaliyeti devralması ya da üstlenmesi, idari vesayet yetkisinin istisnai bir tezahürü olmasının yanı sıra mahallî idarelerin özerkliğini ilgilendirmesi nedeniyle de bu konunun ele alınması gereklilik ve önem arz etmektedir.

Çalışmada öncelikle şehir içi raylı ulaşım sistemleri ile metro projelerinin merkezî idarece devralınmasına ve üstlenilmesine ilişkin yürürlükteki ve mülga mevzuat hükümleri detaylı şekilde ele alınmıştır. Mevzuat kısmının detaylı şekilde ele alınmasının nedeni, çalışmayla bilhassa yasal düzenlemenin yetersizliği ve eksikliğinden kaynaklanan bir soruna temas edilmek istenmesidir. Zira gerek idarenin kanuniliği ilkesi gerekse merkezî idare ile mahallî idareler arasındaki ilişkiler bakımından yasal düzenlemelerin mevcudiyeti, niteliği ve belirliliği Anayasa'ya uygunluk ya da aykırılığı ortaya koyan belirleyici kıstaslardır. Diğer yandan çalışmada konuya ilişkin arka planı oluşturan mevzuat çerçevesinde, bir yandan idarenin kanuniliği bir yandan da yerinden yönetim ilkesine uygunluk açısından şehir içi raylı ulaşım sistemleri ile metro projelerinin yapımına ilişkin faaliyetlerin Anayasa'ya uygun yöntemlerle yürütülmesine yönelik tespit ve tekliflere yer verilmiştir.

I. ULAŞIM SİSTEMLERİ VE METRO PROJELERİNİN DEVRALINMASI

A. İlgili Mevzuat

1. 6001 Sayılı Kanun

Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ile metro projelerine ilişkin merkezî idarenin kullanabileceği en önemli yetkinin, yapımına başlanmış olan projelerin devralınması olduğu söylenebilir. Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ile metro projelerini devralma yetkisi, merkezî idareye 2010 yılında çıkarılan ve mülga 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da² 6001 sayılı Kanun'la³ yapılan değişikliklerle tanınmıştır.

Bu değişiklikler kapsamında, 3348 sayılı Kanun'a 6001 sayılı Kanun'la eklenen geçici 7. maddede büyükşehir belediyelerinin 6001 sayılı Kanun'un yürürlüğe gir-

² Resmî Gazete (R.G.), 17/04/1987, S. 19434.

³ R.G., 13/07/2010, S. 27640.



diği tarih itibarıyla yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin Bakanlıkça devralınabileceği düzenlenmiştir⁴. Geçici 7. maddenin 2. fıkrasında devralmanın gerçekleşmesi için Bakanlar Kurulunun ilgili projenin devralınmasına karar vermesi gerektiği belirtilmiştir. 2. fıkranın devamında ise yüklenicilerin, belediyelerle yapmış oldukları sözleşmelerle projeleri aynı şartlarda Bakanlıkla yürütmeye yazılı olarak muvafakat etmeleri şartıyla söz konusu projelerin mevcut sözleşmelerle devralınmasına da karar verebileceği hususu yer almıştır. 3. fıkrada ise devir alım süreci ve yapımı tamamlanmış şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin ilgili büyükşehir belediyesine devir işlemlerinin, Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde düzenlenecek protokollerle gerçekleştirileceği belirtilmiştir.

2. 655 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname

3348 sayılı Kanun'un, 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)⁵ ile 2011 yılında yürürlükten kaldırılmasının ardından şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin merkezî idare tarafından devralınmasına ilişkin yasal dayanak değişmiş de KHK'nın "Devralınacak metro ve raylı sistemler" başlıklı geçici 5. maddesinde, mülga 3348 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesindeki düzenlemeler korunmuştur. Buna göre büyükşehir belediyelerinin *13/07/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan* ve Bakanlar Kurulunca devralınabileceğine karar verilen şehir içi raylı ulaşım sistemleri ile metro projeleri Bakanlıkça devralınabilecektir⁶.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sürecindeki düzenlemeler kapsamında çıkarılan 703 sayılı KHK ile 655 sayılı KHK'nın geçici 5. maddesi, diğer birçok maddeyle beraber yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metroların merkezî idare tarafından devralınmasına ilişkin 2018 yılı temmuz ayı itibarıyla yasal bir dayanağın mevcut olmadığı vurgulanmalıdır. Diğer yandan söz konusu projelerin merkezî idare tarafından devralınması, gerek 3348 sayılı Kanun'un gerekse 655 sayılı KHK'nın ilgili geçici hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde ve ancak *13/07/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan* projeler bakımından mümkün olan istisnai

⁴ Geçici 7. maddenin gerekçesi şu şekildedir: "*Bakanlığımız tarafından yürütülmekte olan şehirlerarası demiryolu inşaatları ve bu kapsamda yer alan hızlı tren yapımı işleri gibi demiryolu inşaatlarının şehiriçi raylı ulaşım sistemleri ve metrolarla entegrasyonu, ulaşım sistemlerinin verimli ve etkin işletilmeleri açısından büyük önem arz etmektedir.*

Ulaştırma Bakanlığı tarafından inşaatı yaptırılmakta olan demiryolu tesisleriyle entegrasyonu ve raylı ulaşım sistemlerinde bütünlüğü sağlamak üzere, bu yönde bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Diğer taraftan, bazı belediye veya bağlı kuruluşları tarafından yapılan metro veya benzeri raylı sistemlerin bitirilmesi ekonomik açıdan imkansız hale gelen projelerin Ulaştırma Bakanlığına devri ile yarım kalan işlerin tamamlanarak, milli servetin heba olması önlenmiş olacaktır." Bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr>.

⁵ "Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" (R.G., 01/11/2011, S. 28102-Mükerrer).

⁶ R.G., 01/11/2011, S. 28102 (Mükerrer).

bir usuldür. Bu nedenle mezkur tarih itibarıyla yapımı devam eden projelerin devralınmasına ilişkin merkezi idarece tasarrufla bulunulmasının takdir yetkisinin bir sonucu olduğu söylenebilir. Ne var ki, yasal dayanağı kalmamış olmasına rağmen aşağıda yer verileceği üzere 2018 yılından sonra da merkezi idarenin mahalli idarelerin metro projelerini devralmaya yönelik tasarrufları devam etmiştir.

3. 2010/1115 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin merkezi idare tarafından devralınması konusundaki yasal düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin detaylı hususlara Bakanlar Kurulu tarafından 25/10/2010 tarihinde alınan 2010/1115 sayılı ‘Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma Bakanlığınca Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Karar’da⁷ yer verilmiştir.

25/10/2010 tarihli Karar’ın 1. maddesine göre karar, 3348 sayılı Kanun’un 9. ve geçici 7. maddeleri uyarınca şehir içi raylı ulaşım sistemleri, metrolar ve bunlarla ilgili tesislerin Ulaştırma Bakanlığınca devralınması ve tamamlanmasını müteakip devriyle ilgili usul ve esasların belirlenmesi amacıyla alınmıştır. Karar’ın 3. maddesinde Bakanlığın devralma işlemini mevcut sözleşmeler devam etmek koşuluyla yapabileceği belirtilmiştir. Bunun için yüklenicilerin, 13/7/2010 tarihinden önce belediyelerle yapmış oldukları sözleşmelerle projeleri aynı şartlarda Bakanlıkla yürütmeye yazılı olarak muvafakat etmeleri gerekmektedir. Bu muvafakatın gerçekleşmemesi halinde ise belediyeler, her bir projenin devri bakımından ayrı ayrı geçerli olmak üzere, her türlü hukuki ve sözleşmeden kaynaklı sorumluluk kendilerinde kalmak üzere, mevcut sözleşmelerini fesih veya tasfiye etmek şartıyla Bakanlıktan işin devralınmasını talep edebilirler.

2018 yılında 2010/1115 sayılı Karar’da 116 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla⁸ değişiklik yapılarak 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin (CBK) Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Altyapı Genel Müdürlüğünün görevlerinin düzenlendiği 485. maddesi doğrultusunda bir güncellemeye gidilmiştir. Bu değişikliğin ardından kararda, şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınması ve üstlenilmesine ilişkin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının yetkili olduğu vurgulanmıştır. Buna karşılık 1 sayılı CBK’da yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin Bakanlıkça devralınabileceğine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla mevcut durumda, daha önce de ifade edildiği üzere, gerek 3348 sayılı Kanun gerekse 655 sayılı KHK’nın geçici 5. maddesi yürürlükten kaldırılmış olduğundan 2010/1115 sayılı Karar’ın projelerin devralınması yönünden yasal bir dayanağı bulunmadığı açıktır.

⁷ R.G., 10/12/2010, S. 27781. Kararın başlığı 2015 yılında 2015/7272 sayılı kararla “Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca Üstlenilmesi, Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Karar” olarak değiştirilmiştir. Bkz. R.G., 18/02/2015, S. 29271.

⁸ R.G., 22/09/2018, S. 30543.

B. Projenin Tamamlanması ve Devri

25/10/2010 tarihli Karar'ın 8. maddesine göre projenin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra Bakanlığın bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin devri, maliyet bedeli üzerinden ve yine düzenlenecek protokollerle gerçekleşecektir. Ancak 2019 yılında yapılan değişiklik⁹ sonucu, projenin tamamlanmadan önce işletmeye açılacak durumda olması halinde, düzenlenecek protokollerle mülkiyet devrine kadar işletmenin devri yoluyla da hizmete açılabilmesi mümkün hale gelmiştir. 8. maddede 2019 yılında yapılan değişikliğin bir başka sonucu olarak; proje Bakanlıkça tamamlandıktan sonra projeyi devralan kuruluş, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini ödemekle yükümlüdür. 8. madde uyarınca bu ödeme, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan %5 oranında kesintinin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılması suretiyle gerçekleşecektir.

Son olarak 8. maddenin 3. fıkrasına göre devralan kuruluşun belediye bağlı idaresi, belediye bağlı idaresinin ve/veya belediyenin sermaye payına sahip olduğu şirket olması halinde ilgili belediye, yükümlülüklerin yerine getirilmesinden devralan kuruluş ile birlikte müteselsilen sorumlu olacak ve bu husus Bakanlık ile belediyeler arasında yapılan protokollerde de ayrıca belirtilecektir.

C. Devralma Yetkisi Verilen Projeler

25/10/2010 tarihli Karar'ın "Devralma yetkisi verilen projeler" başlıklı 9. maddesinde, karar kapsamında Bakanlıkça projeleri devralınacak belediyeler ve devralma yetkisi verilen projeler belirlenmiştir. 9. maddede yer verilen projeler öncelikle 3348 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi kapsamındaki, yani 13/07/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projeleridir. Daha sonra bu projelere 655 sayılı KHK yürürlükteyken 2013¹⁰ ve 2015¹¹ yıllarında; 1 sayılı CBK yürürlükteyken de 2019¹² ve 2020¹³ yıllarında eklemeler yapılmıştır. Yapılan bu eklemeler neticesinde Gebze Organize Sanayi Bölgesi (OSB)-Darıca Sahil Raylı Sistem Hattı projesi ve Başakşehir-Kayaşehir Metro Hattı projesi Bakanlıkça devralınmıştır.

Gerek Gebze OSB-Darıca Sahil Raylı Sistem Hattı projesi gerekse Başakşehir-Kayaşehir Metro Hattı projesi bakımından ifade edilmesi gereken husus, söz konusu projelerin Bakanlıkça devralınmasına ilişkin yasal bir dayanağın bulunmadığıdır. Zira Bakanlığa büyükşehir belediyelerinin şehir içi raylı ulaşım sistemleri

⁹ R.G., 01/05/2019, S. 30761.

¹⁰ R.G., 23/07/2013, S. 28716.

¹¹ R.G., 18/02/2015, S. 29271.

¹² R.G., 18/09/2019, S. 30892.

¹³ R.G., 30/04/2020, S. 31114.

ve metro projelerini devralma yetkisinin verildiği 3348 sayılı Kanun ve 655 sayılı KHK'daki geçici maddeler uyarınca Bakanlık, ancak 13/07/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerini devralmakla yetkilidir. Dolayısıyla 2017 ve 2018 yıllarında ihaleleri yapılmış olan Gebze OSB-Darıca Sahil Raylı Sistem Hattı ve Başakşehir-Kayaşehir Metro Hattı'nın Bakanlıkça devralınması sonucunu doğuracak bir yasal zemin mevcut değildir. Dahası, 25/10/2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1-9. maddelerinin de, projelerin devralınması bakımından 655 sayılı KHK'nın geçici 5. maddesinin yürürlükten kalktığı 09/07/2018 tarihi itibarıyla yasal bir dayanağı bulunmadığı görülür. Bu nedenle 25/10/2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'nın yasal dayanağı bulunmayan maddelerine sonraki tarihlerde Cumhurbaşkanlığı kararlarıyla yapılan eklemelerin de hukuki temelden yoksun olduğu vurgulanmalıdır. Bununla birlikte her ne kadar yasal dayanaktan ve hukuki temelden yoksun olsa da Danıştay tarafından verilen bir iptal ya da yürütmenin durdurulması kararı olmadığı sürece gerek 25/10/2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'nın gerekse bu Karar'a yapılan eklemelerin yürürlükte olduğuna ve sonuçlarını doğurması bakımından hukuken bir engel olmadığına da işaret etmek gerekir.

Anayasa'nın 123. maddesine göre idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdare hukukunda idarenin kanuniliği ya da kanuni idare¹⁴ ilkesi olarak karşılık bulan bu düzenleme uyarınca ancak kanuna bağlı, kanundan türeyen ve kanuna nazaran ikincil nitelik arz eden düzenlemeler yapabilecek olan¹⁵ idarenin yasal dayanağı bulunmayan bir yetkiyi kullanması olanaklı değildir¹⁶. Diğer bir ifadeyle idarenin kanuniliği ilkesi gereğince her idari işlemin yasal bir dayanağının bulunması gerekir¹⁷. İşte 25/10/2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'nın ve bu Karar'a yapılan eklemelerin ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınması bakımından yasal dayanaktan yoksun olması da idarenin kanuniliği ilkesinin gerekliliklerin yerine getirilmemesi nedeniyle hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

¹⁴ Kanuni idare ilkesi hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi* (Beta Yayıncılık İstanbul 2022).

¹⁵ İdarenin düzenleme yetkisi hakkında bkz. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Sevinç Matbaası Ankara 1965); K. Burak Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı* (Yetkin Yayınları Ankara 2009); Lutfi Duran, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii Ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları. 30(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 466-492.

¹⁶ Danıştay 6. D. 2023/2573, 2023/4719, 17/05/2023; Danıştay 6. D. 2021/8927, 2022/10213, 24/11/2022; Danıştay 6. D. 2019/9598, 2020/8932, 07/10/2020, www.kazanci.com.tr

¹⁷ Emre Akbulut, (n 14) 17; Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler* (Güncelleştirilmiş 3. Baskı Turhan Kitabevi 2015) 72-73; D. Çiğdem SEVER, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi* (Turhan Kitabevi 2021) 4-5; Danıştay 6. D. 2023/2573, 2023/4719, 17/05/2023; Danıştay 6. D. 2019/9598, 2020/8932, 07/10/2020. Ayrıca: "Şu da var ki bazı durumlarda idare hiçbir yasaya dayanmadan bir işlem yapmış olabilir. Yasal idare ilkesinin bir anayasa ilkesi niteliğini taşıdığı hukuk sistemlerinde böyle bir durumun anayasaya aykırılık oluşturduğunu söylemeye gerek yoktur." A. Ülkü AZRAK, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu" (1992) 9(1) Anayasa Yargısı Dergisi 328 dn 18.



II. ULAŞIM SİSTEMLERİ VE METRO PROJELERİNİN YAPIMININ ÜSTLENİLMESİ

A. İlgili Mevzuat

Merkezî idare, yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınmasının yanı sıra bu sistem ve projelerin yapımının üstlenilmesine de karar verebilmektedir. Merkezî idarenin bu yetkisine ilişkin ilk yasal düzenleme, mülga 3348 sayılı Kanun'un 9. maddesinde değişiklik yapan 6001 sayılı Kanun'dur. Kanun'un 38. maddesiyle Demiryolları, Limanlar ve Hava Meydanları İnşaatı Genel Müdürlüğünün Kanun'un 9. maddesinin (a) bendinde yer verilen görevlerine, "Bakanlar Kurulunca yapımının üstlenilmesine karar verilen şehir içi raylı ulaşım sistemleri, metrolar ve" ibaresi eklenerek şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metrolara ilişkin iş ve işlemleri yapmak da Bakanlığın görevleri arasına dahil edilmiştir¹⁸.

3348 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde ise; "Bakanlar Kurulunca yapımının üstlenilmesine karar verilen metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin ilgili kuruluşlarla iş birliği yaparak plan, proje ve programlarını hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve bunları yapmak veya yaptırmak," Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görevleri arasında sayılmıştır¹⁹. Ancak 1. fıkra, 2018 yılında çıkarılan 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte 15. maddenin 2. fıkrasında 2019 yılında 7161 sayılı Kanun'la²⁰ yapılan değişikliğin ardından fıkranın ilgili kısmı;

Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir.

şeklinde yeniden düzenlenmiş olup söz konusu düzenleme 2024 yılı Eylül ayı itibarıyla yürürlüktedir²¹.

¹⁸ R.G., 13/07/2010, S. 27640.

¹⁹ 2017 yılında çıkarılan 7033 sayılı Kanun'un 84. maddesiyle 15. maddenin 1. fıkrası yeniden düzenlenerek fıkraya 'teleferik, füniküler, monoray,' ibaresi eklenmiştir (R.G., 01/07/2017, S. 30111).

²⁰ Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, md. 67 (R.G., 18/01/2019, S. 30659).

²¹ 1 sayılı CBK'nın 485. maddesinde de yine "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin ilgili kuruluşlarla işbirliği yaparak plan, proje ve programlarını hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve bunları yapmak veya yaptırmak", Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görevleri arasında sayılmıştır.

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme olan 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda 2015 yılında yapılan değişiklikle Karar'ın 1. maddesine, "devralınması ve tamamlanmasını" ibaresinden önce gelecek şekilde "üstlenilmesi," ibaresi eklenmiştir²². Böylelikle değişikliğin yapıldığı dönemde yürürlükte olan 655 sayılı KHK'daki düzenlemeye uyum sağlanmıştır. Diğer yandan Karar'a yine 2015 yılında "Proje üstlenilmesi" başlıklı ek 1. madde eklenmiştir²³. Maddenin yürürlükteki 1. fıkrasına göre Bakanlık, 3. ve 9. maddelere göre devralınan projeler dışında, kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idarelerinin metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirip uygun olanları Cumhurbaşkanına sunacaktır²⁴.

Öte yandan Bakanlık, ek 1. madde uyarınca, ilgili kuruluşlarla iş birliği yaparak Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin plan, proje ve programlarını hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve bunları yapmak veya yaptırmakla da görevlidir.

Son olarak ek 1. maddenin 3. fıkrasında Bakanlıkça yapımı üstlenilecek projelerin hangileri olduğu sayılmış olup²⁵ fıkraya farklı tarihlerde yapılan eklemelerle Bakanlığın üstleneceği projelerin sayısı artmaktadır²⁶.

B. Üstlenme Süreci ve İlgili Kuruluş Devir

Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının merkezî idare tarafından üstlenilmesine ilişkin esaslar 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'ndaki düzenlemelerle aynı içerikte 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında yer almıştır. Fıkra uyarınca, daha önce aktarıldığı üzere, projelerin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasının ardından düzenlenecek protokollerle ilgili kuruluş

²² R.G., 18/02/2015, S. 29271.

²³ R.G., 18/02/2015, S. 29271.

²⁴ Düzenlemenin ilk hali uyarınca Bakanlık; kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idarelerinin metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini Bakanlar Kuruluna sunmaktaydı. 2017 Anayasa değişikliklerinin ardından Bakanlar Kurulunun kaldırılması nedeniyle artık söz konusu talepler Cumhurbaşkanına sunulmaktadır.

²⁵ 3. fıkranın ilk hali uyarınca Bakanlık tarafından üstlenilmesine karar verilen projeler; İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına ait Yenikapı-İncirli Metro Hattı, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığına ait Atatürk Kültür Merkezi (AKM)-Gar-Kızılay Metro Hattı ve Antalya Büyükşehir Belediye Başkanlığına ait Meydan-Havaalanı-EXPO Raylı Sistem Hattı'dır.

²⁶ Bu kapsamda örneğin; 17/10/2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7724 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla Bursa Üniversite-Görükle Uzatma Hattı, Kocaeli Kuzey Hafif Raylı Sistem Hattı 1. Aşama, Adapazarı-Serdivan Raylı Sistem Hattı, Trabzon Raylı Sistem Hattı ve Samsun Raylı Sistem Hatları Araç Alımı; 06/04/2024 tarih ve 32512 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 8319 sayılı kararla da Bosna Bulvarı Bahçelievler/Kazım Karabekir Raylı Sistem Hattı (İstanbul) ile Şehir Hastanesi-Stadyum Tramvay Hattı 2. Etap (Konya) projelerinin yapımı Bakanlıkça üstlenilmiştir. Son olarak ise 31/08/2024 tarih ve 32648 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 8892 sayılı kararla Kılıçdede-Şehir Hastanesi/Kamu Kampüsü Tramvay Hattı (Samsun) projesinin yapımı Bakanlıkça üstlenilmiştir.

devredilmesi esastır. Ancak projenin tamamlanmadan önce işletmeye açılabilecek durumda olması halinde, yine düzenlenecek protokollerle, mülkiyet devrine kadar işletmenin devri yoluyla hizmete açılabilmesi de mümkündür²⁷.

C. Üstlenme ve Devralma Arasındaki Fark

Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin merkezî idare tarafından devralınması ve üstlenilmesi arasındaki farkın ortaya konulması, konunun daha rahat anlaşılabilmesi bakımından önemlidir. Bu kapsamda ilk olarak ifade edilmelidir ki üstlenme usulüne ilişkin 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ek 1. maddesinin "Bakanlık, 3 üncü ve 9 uncu maddelere göre devralınan projeler dışında kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idarelerinin metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirir ve uygun olanları Cumhurbaşkanına sunar." şeklindeki 1. fıkrasında, esasında, devralma ve üstlenmenin birbirinden ayrı usuller olduğu ortaya konulmuştur.

Söz konusu farklılık yürürlükteki ve mülga mevzuatın incelenmesi sonucunda da kolayca tespit edilebilir. Şöyle ki; şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınması, *mülga* 3348 sayılı Kanun'un *geçici* 7. maddesi ile 655 sayılı KHK'nın *mülga geçici* 5. maddesi uyarınca *büyükşehir belediyelerinin 13/07/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan ve tamamlanamayan projelerinin merkezî idarece devralınarak tamamlanmasının amaçlandığı* istisnai bir usul olup ilgili mevzuat uyarınca bu usulün gerçekleşmesi için Bakanlar Kurulunun ilgili projenin devralınmasına karar vermesi gerekmektedir. Hangi projelerin devralınacağı ve devralma usulüne ilişkin çeşitli hususlar ise 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla düzenlenmiştir. Bu Karar'ın yürürlükte olmasına ve çeşitli tarihlerde Karar'a eklemeler yapılarak devralınacak projelerin sayısının artırılmasına rağmen en son 655 sayılı KHK'nın *geçici* 5. maddesinin 2018 yılında 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmasının ardından mevcut durumda bu usulün yasal bir dayanağının bulunmadığı bir kez daha hatırlanmalıdır. Diğer yandan, ifade edildiği üzere, 655 sayılı KHK'nın *geçici* 5. maddesi yürürlükteyken dahi yarım kalan projelerin devralınması ancak *13/07/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan ve yalnızca büyükşehir belediyelerinin projeleri* bakımından öngörülmüştü.

Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının üstlenilmesi ise; ortada daha önce başlamış ve yarım kalan herhangi bir proje olmaksızın merkezî idarenin, bu projelerin yapımını ilgili mahallî idarelerin talepleri doğrultusunda ve mahallî idareler adına gerçekleştirmesi olarak tanımlanabilir. Projelerin üstlenilmesi,

²⁷ Bu durumda 15. maddenin 2. fıkrasına göre; devralan kuruluş, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla ödeyecektir.

ilgili mahallî idarenin talebi üzerine Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının değerlendirip uygun gördüğü projeleri Cumhurbaşkanının iznine sunması ve Cumhurbaşkanının da ilgili projenin yapımının üstlenilmesine karar vermesiyle ilerleyen bir süreçtir. Diğer yandan projelerin üstlenilmesinin yasal dayanağı 655 sayılı KHK olmakla birlikte hangi projelerin üstlenileceği ve üstlenme sürecine ilişkin hususlar, 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın "Proje üstlenilmesi" başlıklı ek 1. maddesinde yer almıştır. Dolayısıyla ulaşım sistemleri ve metro projelerinin üstlenilmesi usulünün mevcut durumda, devralmanın aksine, yasal bir dayanağa sahip olması bu iki usul arasındaki bir diğer farktır. Ayrıca ileride değinileceği üzere, 1 sayılı CBK'nın 485. maddesinin 1. fıkrasında da projelerin üstlenilmesine ilişkin Bakanlığın yetki ve görevleri düzenlenmiştir.

Öte yandan raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin kurulma ve yapım sürecinin, devralmanın aksine, en başından itibaren merkezî idare tarafından yürütülmekte olduğu görülür. Diğer bir ifadeyle devralmada büyükşehir belediyeleri tarafından başlanmış ve yarım kalan bir projenin Bakanlıkça devralınarak tamamlanması söz konusuysen üstlenmede, henüz mahallî idarelerce yapımına başlanmamış bir proje tüm aşamalarıyla birlikte en baştan itibaren Bakanlık tarafından hayata geçirilmektedir. Burada yapımı üstlenilen ulaşım sistemleri ve metro projelerinin, devralmanın aksine, yalnızca büyükşehir belediyelerine ait olması zorunluluğu bulunmayıp diğer belediyeler ve il özel idarelerinin de kapsama dahil edilmesi önemlidir. Ayrıca üstlenme sürecinin, yine devralmanın aksine, ilgili belediye ya da il özel idaresinin talebinin Bakanlık tarafından değerlendirildikten sonra uygun görülenlerin Cumhurbaşkanına sunulması üzerine başlaması da üstlenmenin devralmadan farklılaşan bir başka yönüdür.

III. DEVRALMA VE ÜSTLENMELERİN ANAYASA'YA UYGUNLUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa'nın ilgili hükümleri doğrultusunda şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin merkezî idare tarafından devralınması ve üstlenilmesi, öncelikle merkezî idare ve mahallî idarelerin görev ayrımı ve görev sınırına²⁸ ilişkin bir konudur. Zira anayasa koyucu, Anayasa'nın 127. maddesinde mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin Anayasa'nın 123. maddesinin 2. fıkrasında zikredilen yerinden yönetim ilkesine uygun olarak ve yine 123. maddenin 1. fıkrası doğrultusunda kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu, mahallî idarelerin görevlerini belirleyen yasal düzenlemeler yaparken yerinden yönetim ilkesine uygun hareket etmek durumundadır.

Nitekim 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde toplu taşıma yapmak ve bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işletirmek belediyelerin yetki ve imtiyazları arasında sayılmıştır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanu-

²⁸ AYM, E. 2019/112, K. 2020/35, 25/06/2020.



nu'nun 7. maddesine göre ise büyükşehir içindeki ulaşım ve toplu taşıma hizmetlerinin planlanması ve koordinasyonu ile toplu taşıma hizmetlerinin yürütülmesi, bu amaçla gerekli tesislerin kurulması, kurdurulması, işletilmesi veya işlettilmesi büyükşehir belediyelerinin görev ve sorumlulukları arasındadır. Öte yandan 5216 sayılı Kanun'un 10. maddesinde de büyükşehir belediyelerinin; görevli oldukları konularda Belediye Kanunu ve diğer mevzuat hükümleri uyarınca belediyelere tanınan yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahip oldukları belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, toplu taşıma hizmetlerinin yürütülmesini ve bu kapsamda raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemlerinin kurulup işletilmesini mahallî müşterek ihtiyaçların giderilmesi kapsamında değerlendirerek yerinden yönetim ilkesine uygun şekilde mahallî idarelerin görev alanına dahil etmiştir. Dolayısıyla şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin merkezî idarece devralınması ya da yapımının üstlenilmesine yönelik tasarrufların Anayasa'nın 123. ve 127. maddeleri doğrultusunda yerel yönetim ilkesine uygunluk bakımından ele alınması gerekir.

A. Devralma ve Üstlenmelere İlişkin Anayasa Mahkemesinin İçtihadı

Anayasa Mahkemesi (AYM), 655 KHK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "*Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen...*" ibaresinin ve aynı fıkranın "*Bu maddenin uygulamasına ilişkin diğer usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca belirlenir.*" şeklindeki altıncı cümlesinin iptali istemiyle açılan davada söz konusu ibarelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına oyçokluğuyla hükmederek iptal taleplerini reddetmiştir²⁹. Mahkeme, devralma ve üstlenme şeklinde bir ayrıma gitmediği kararında öncelikle; "Kanun'da çizilen çerçeve içinde kalmak kaydıyla, teknik ve idari ihtiyaçlar gözetilerek merkezî idare tarafından yapılacak teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ile bu maddenin uygulamasına ilişkin diğer usul ve esasların belirlenmesi yetkisinin yürütme organına bırakılması"nın belirsizlik oluşturmadığı gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali anlamına da gelmeyeceğini vurgulamıştır. Öte yandan Mahkeme, şehir içi raylı ulaşım sistemleri, metrolar ve bunlarla ilgili tesislerin yapımının yüksek maliyetli ve güçlü finansman gerektiren projeler olduğunu; iptali istenen kurullarla belediyelerin kendi kaynakları ile gerçekleştiremeyecekleri veya başlamış olmalarına rağmen finansal zorluklar nedeniyle bitirme imkânlarının bulunmadığı bu tarz büyük çaplı inşaa ve tesislerin merkezî idare tarafından tamamlanmasının amaçlandığını belirtmiştir.

Mahkemenin bu kararda mevzuatta açıkça birbirinden ayrı şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen devralma ve üstlenme ayrımına gitmemiş olması sonucu, yapımına mahallî idarelerce başlanıldığı halde bitirilemeyen projeler ile yapımına doğrudan merkezî idare tarafından başlanan projeleri birlikte ele aldığı görülmektedir. Benzer

²⁹ AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/07/2021.

şekilde devralma yönteminin yalnızca büyükşehir belediyelerine ait projeler için geçerli bir yöntem olmasını dikkate almayan Mahkemenin devralma ve üstlenme arasındaki mevzuatta açıkça yer alan farkları göz önünde bulundurmaması da eleştiriye açıktır. Bununla birlikte Mahkemenin devralma ve üstlenme yöntemlerine ilişkin, bilhassa bu yöntemlerin uygulanmasını gerekli kılan sebeplerle bu yöntemlerin ihdas edilmelerindeki amaçlar arasındaki benzerliği esas alarak daha geniş ve kapsayıcı bir yorum yaptığını söylemek de mümkündür. Bu çerçevede Mahkemenin devralmanın da aslında geniş anlamda bir üstlenme ya da üstlenmenin bir türü olduğu yönünde bir bakış açısıyla hareket ettiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Mahkemeye göre iptali istenen kuralların kamu yararı dışında özel çıkarlar gözetilerek veya belirli kişiler lehine düzenlendiği sonucuna ulaşılmasını gerektirecek bir yönü de bulunmamaktadır. Bu noktada AYM'nin, her ne kadar gerekçede açıkça zikretmese de, subsidiarite ilkesi doğrultusunda bir karar verdiği söylenebilir. Zira subsidiarite ilkesi, ileride de ifade edileceği üzere, hizmetten yararlananlara coğrafi olarak en yakın idarenin, yerine getirmekle görevli olduğu hizmetleri çeşitli sebeplerle yerine getirememesi durumunda kamu yararı doğrultusunda coğrafi olarak daha genel görevli/daha merkezde yer alan idarenin devreye girmesine ilişkindir³⁰.

AYM 7'ye karşı 8 oyla aldığı kararda yerel yönetim esasına ve bu doğrultuda mahallî idarelerin özerkliğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Diğer yandan kararda yer verilen "belediyelerin kendi kaynakları ile gerçekleştiremeyecekleri veya başlamış olmalarına rağmen finansal zorluklar nedeniyle bitirme imkânlarının bulunmadığı" argümanı ise Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrasında yer alan "Bu idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır." kuralı karşısında yeterince tatmin edici değildir.

Karara muhalif kalan üyelerin karşı oy gerekçelerinde de iptal istemine konu olan kuralların çeşitli yönlerden Anayasa'ya aykırı olduğu savunulmuştur. Bu kapsamda ilk olarak, ilgili kurallarla idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmediği ve Cumhurbaşkanının hangi ölçüt ve koşullar uyarınca şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin üstlenilmesine karar vereceğinin belirsiz olduğuna işaret edilmiştir³¹. Bu husus, şüphesiz, merkezî idare ile mahallî idareler arasındaki ilişkinin kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde düzenlenmesini öngören Anayasa'nın 127. maddesi bakımından da hukuka aykırılık teşkil eder. Ayrıca, Cumhurbaşkanına kapsamı ve sınırları belirlenmeksizin çok geniş bir takdir yetkisinin verilmesinin bu imkândan yararlanmak isteyecek bazı belediyeler bakımından belirsizlik, eşitsizlik ve mağduriyet doğurma ihtimali ortaya çıkarabileceği de açıktır³².

Ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının üstlenilmesi konusu yalnızca AYM'nin önüne gelen 655 sayılı KHK esas alınarak değerlendirildiğinde Cumhurbaş-

³⁰ Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku* (Ekin Yayınları Bursa 2022) 146.

³¹ AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/07/2021, Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oyu.

³² AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/07/2021, Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu.



başkanına tamamen sınırsız bir takdir yetkisi tanınmış olduğu değerlendirmesinin yapılması doğaldır. Zira 655 sayılı KHK'nın üstlenme usulüne ilişkin 15. maddesinin 2. fıkrası "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen" şeklinde başlamaktadır³³. Diğer bir ifadeyle 655 sayılı KHK'da projelerin Cumhurbaşkanınca üstlenilmesine karar verilmesinden önceki sürece ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Halbuki 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın "Proje üstlenilmesi" başlıklı ek 1. maddesinde ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının Cumhurbaşkanınca üstlenilmesi sürecinin, ilgili belediye ya da il özel idaresinin yönelttiği bu yöndeki talebin Bakanlıkça değerlendirilip uygun görülerek Cumhurbaşkanına sunulmasıyla başladığı açıktır. Bu bakımdan 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ek 1. maddesiyle birlikte ele alındığında takdir yetkisinin hangi ölçütler ve sınırlar çerçevesinde kullanılacağına ilişkin asıl belirsizliğin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının uygun görme kararları bakımından geçerli olduğu görülür. Zira ulaşım sistemlerinin kurulması ve metro projelerine ilişkin taleplerin Bakanlıkça uygun görülmesine esas teşkil edecek kriterlerin neler olduğu ve Bakanlığın bu talepleri hangi ölçütler çerçevesinde değerlendireceği, söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı'nda yer almamıştır. Dolayısıyla AYM kararında karşı oy yazan üyelerin gerekçeleri, incelenen KHK hükmü bakımından haklı olmakla birlikte konunun 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla birlikte ele alınması gerekliliği ortadadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ulaşım sistemleri ve metro projelerinin üstlenilmesi sürecinin idari yargıya intikal etme olasılığıdır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca gerek Bakanlar Kurulu kararlarına gerekse Cumhurbaşkanı kararlarına karşı açılacak davalarda görevli idari yargı merci Danıştaydır. Danıştay, 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın yargısal denetimini yaparken ilgili belediye ya da il özel idaresinin talebinin Bakanlıkça değerlendirilip uygun görülmenin Cumhurbaşkanına sunulmasına ilişkin düzenlemeyi bilhassa hukuki belirlilik açısından ele almalıdır. Zira idarenin takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerinin yanı sıra eşitlik ilkesine ve hukuki güvenliğin bir unsuru olan belirlilik ilkesine de uygun şekilde kullanılması gerekir³⁴. Bunun

³³ 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin tamamı şu şekildedir: "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir." Aynı durum 1 sayılı CBK'nın 485. maddesi bakımından da geçerlidir. Maddenin 1. fıkrasının (ğ) bendinde "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin ilgili kuruluşlarla işbirliği yaparak plan, proje ve programlarını hazırlamak, hazırlamak, incelemek, incelettirmek ve bunları yapmak veya yaptırmak", Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Öte yandan hatırlamak gerekir ki, 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin 1. fıkrası 2018 yılında 703 sayılı KHK ile ilga edilmiş ve fıkra da yer alan düzenlemeler 1 sayılı CBK'nın 485. maddesine aktarılmıştır.

³⁴ İdarenin takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanımına ilişkin ölçütler hakkında bkz. Cemil

içinse idareye takdir yetkisi veren düzenlemelerin de açık, net, anlaşılır, öngörülebilir ve uygulanabilir olması gerekir³⁵. Belirtmek gerekir ki 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı hakkında Danıştayın bu yönde vermiş olduğu bir karar bulunmamaktadır³⁶. Bununla birlikte şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının üstlenilmesi için Bakanlığa başvuran belediyeler ya da il özel idarelerinin bu taleplerinin reddedilmesi durumunda 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrası uyarınca gerek bu ret işleminin gerekse de 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ek 1. maddesinin iptalini istemeleri mümkündür. Diğer yandan Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının ilgili belediye ya da il özel idarelerinin taleplerini uygun bulmasına rağmen Cumhurbaşkanının üstlenme kararı vermediği durumlarda da yine 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen zımni ret müessesesi çerçevesinde Danıştayda dava açılması teorik olarak mümkündür. Öte yandan ulaşım sistemi ve metro yapımının üstlenilmesi talebini ileten belediye ya da il özel idaresi sınırları içinde yaşayan ve bu sebeple de buralarda yürütülen kamu hizmetlerinin muhatabı olan kişilerin de söz konusu taleplerin reddi yönünde tesis edilen işlemlere karşı belde sakini sıfatıyla dava açabilmelerinin kabulü gerekir³⁷. Nitekim şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınması ya da üstlenilmesine ilişkin mevzuatta tespit edilen hukuka aykırılıkların somut olarak ve günlük hayatta ortaya çıkaracağı sakınca da aslında ulaşım sistemleri ve metro yapımının merkezî idarece üstlenilmediği mahallî idareleri ve buralarda yaşayan insanları ilgilendirmektedir. Toplu taşıma ve ulaşımın bir kamu hizmeti olduğu düşünüldüğünde bu hizmetten yararlananlar açısından raylı ulaşım sistemi ya da metroların merkezî idare tarafından yapılmasında herhangi bir sorun olmadığı zaten açıktır. Buna karşılık raylı ulaşım sistemi ya da metro projelerinin ilgili belediye tarafından yüksek maliyet ve diğer benzeri nedenlerle hayata geçirilememesi durumunda bu faaliyeti merkezî idarenin de üstlenmemesi, ilgililerin bu hizmetten hiç yararlanamaması sonucunu doğuracak olup çeşitli mağduriyetlere yol açacaktır. İşte bu mağduriyet, esasında,

Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2011) 129 vd.; Nilay Arat, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi "Takdir Yetkisi" ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme* (Beta Yayınları İstanbul 2015) 137 vd.; Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin Yayınları Ankara 2000) 174 vd.

³⁵ AYM, E. 2022/129, K. 2023/189, 08/11/2023; AYM, E. 2021/14, K. 2023/173, 11/10/2023; AYM, E. 2022/47, K. 2023/124, 13/07/2023

³⁶ Danıştay, 30/04/2019 tarih ve 1014 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile yürürlüğe konulup 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda değişiklik yapan "Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığınca Üstlenilmesi, Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar"ın iptali için açılan davada verdiği kararda dava konusu Cumhurbaşkanlığı kararının gerek yetki yönünden gerekse sebep ve konu unsurları yönünden hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Danıştay 10. D. 2019/8857, 2023/2695, 23/05/2023, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15/08/2024.

³⁷ Danıştay 13. D. 2016/2339, 2018/3171, 13/11/2018; Danıştay 13. D. 2008/10378, 2009/1133, 26/01/2009, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15/08/2024;



idarenin takdir yetkisini kamu yararı doğrultusunda, hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesine uygun şekilde kullanmaması durumunda ortaya çıkmaktadır.

AYM'nin aktarılan kararına muhalif kalan üyelerin isabetle üzerinde durdukları bir diğer Anayasa'ya aykırılık sebebi ise mahallî nitelikteki ulaşım hizmetlerine ilişkin merkezî idarece karar alınırken mahallî idarelerin karar süreçlerine dahil edilmemesi, görüşlerinin alınmaması olmuştur³⁸. Gerçekten de yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınmasına ilişkin mülga yasal düzenlemelerde ilgili büyükşehir belediyelerinin bu yönde bir talepleri aranmadığı gibi bu belediyelerin görüşlerinin alınması gibi bir usul de öngörülmemiştir. Aynı şekilde gerek 655 sayılı KHK'da gerekse 1 sayılı CBK'da ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının merkezî idarece üstlenilmesi aşamasında mahallî idarelerin taleplerinin gerekli olduğuna ya da görüşlerine başvurulacağına dair açık bir düzenleme de mevcut değildir. Bu noktada kanunla mahallî idarelere görev olarak verilmiş ve dolayısıyla mahallî kamu hizmeti olarak belirlenmiş olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro yapımına ilişkin faaliyetlerin, mahallî idarelerin bu yönde bir talebi olmaksızın ve mahallî idarelerin görüşüne başvurulmaksızın merkezî idare tarafından devralınması ya da üstlenilmesinin, yerinden yönetim ilkesiyle ve dolayısıyla mahallî idarelerin özerkliğiyle bağdaşmayacağı bir temel prensip olarak ortaya konulmalıdır.

Bununla birlikte buradaki sorun da konunun karşı oy gerekçelerinde yalnızca 655 sayılı KHK ile sınırlı şekilde ele alınmasıdır. Zira gerek 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gerekse 1 sayılı CBK'nın 485. maddesi bir bütün olarak ele alınıp yorumlandığında karşı oy yazan üyelerin gerekçelerinin yalnızca 655 sayılı KHK açısından geçerli olduğu anlaşılır. Şöyle ki; 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ek 1. maddesinde yer alan; Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının, kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idarelerinin metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirip uygun olanları Cumhurbaşkanına sunması yönündeki düzenleme 655 sayılı KHK'da hiç yer almamıştır. Mezkur düzenleme, 1 sayılı CBK'nın 485. maddesinin 1. fıkrasında ise "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen" ibaresinin bulunduğu bentte ya da bu bentle birlikte yorumlanacak şekilde yer almamıştır.

1 sayılı CBK'nın 485. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde "Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idarelerinin teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirmek ve uygun olanlarını Cumhurbaşkanının iznine sunmak" Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görevleri arasında sayılmıştır. Aynı fıkranın (ğ) bendinde ise "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin" yine Altyapı Yatırımları Genel

³⁸ AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/07/2021: Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oyu; AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/07/2021: Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu.

Müdürlüğü tarafından yapılacağı ya da yaptırılacağı belirtilmiştir. Bu durumda 1. fıkranın (e) bendi uyarınca Cumhurbaşkanının iznine sunulacak taleplerin (ğ) bendinde yer alan, ilgili projelerin yapımının Bakanlıkça üstlenilmesine ilişkin talepler mi yoksa mahallî idarelerin kendi imkanlarıyla hayata geçirmek istedikleri projelere izin verilmesine yönelik bir talep mi olduğu net bir şekilde anlaşılamamaktadır. Diğer bir ifadeyle 1. fıkrada (e) bendiyle (ğ) bendi arasında bir bağlantı kurulmadığı için (ğ) bendi uyarınca Cumhurbaşkanının resen ilgili ulaşım sistemleri ve projelerin üstlenilmesine yönelik bir karar aldığı yorumu yapılabilmektedir. Böylelikle, 655 sayılı KHK ile birlikte düşünüldüğünde yürürlükteki asli düzenlemeler bakımından üstlenme kararının alınması sürecine mahallî idarelerin hiçbir müdahalesi ya da etkisi olmadığı sonucuna varılabilmektedir.

Halbuki 1 sayılı CBK'nın 485. maddesinin 1. fıkrasının (e) ve (ğ) bentlerindeki mezkur düzenlemeler 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ek 1. maddesinde "Proje üstlenilmesi" başlığı altında ve 1. ve 2. fıkra olarak art arda yer almıştır. Bu nedenle 1 sayılı CBK ve 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı birlikte yorumlandığında kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ya da il özel idarelerinin şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerini "kurma taleplerinin" esasında bu ulaşım sistemleri ve projelerin Bakanlıkça üstlenilerek kurulmasına yönelik bir talep olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Dolayısıyla AYM üyelerinin karşı oy gerekçelerinde yer alan Anayasa'ya aykırılık nedenlerinin ortadan kaldırılabilmesi ve merkezî idare ile mahallî idareler arasındaki ilişkilerin kanunla düzenlenmesini öngören Anayasa'nın 127. maddesine uygunluğun sağlanabilmesi için 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ek 1. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki düzenlemelerin 655 sayılı KHK'nın 15. maddesine de eklenmesi gerekir. Öte yandan 1 sayılı CBK'nın 485. maddesinin 1. fıkrasında da değişikliğe gidilerek (e) bendindeki düzenlemede sözü edilen talebin mahiyet ve kapsamının netleştirilmesi, mevzuattaki belirsizliğin giderilmesi bakımından isabetli olacaktır.

B. Yerinden Yönetim İlkesi

Anayasa'nın 123. maddesinin 2. fıkrasında idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı belirtilmiştir. Bu çerçevede Anayasa'da 'İdarenin kuruluşu' üst başlığı altında merkezî idare ve mahallî idarelere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Türkiye'nin, merkezî idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, illerin de diğer kademeli bölümlere ayrılacağı, 'Merkezî idare' başlıklı 126. maddede düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra mahallî idarelerin il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları da yine kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu ise 'Mahallî idareler' başlıklı 127. maddede belirtilmiştir. 127. maddede yer alan bir diğer husus ise mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak



kanunla düzenlenecek olmasıdır. 127. maddede son olarak merkezi idarenin mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu ve mahallî idarelere görevleriyle orantılı gelir kaynaklarının sağlanacağı belirtilmiştir.

Yerinden yönetim ilkesi, en basit tanımıyla, bazı kamu hizmetlerinin Devlet dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesidir³⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, merkezden yönetimin tersi anlamına gelen⁴⁰ yerinden yönetim ilkesi, öncelikle Anayasa’da Devlet dışında kamu tüzel kişiliği kurulabilmesini gerekli kılar. Devlet dışında kurulan kamu tüzel kişileri olan yer bakımından ve hizmet bakımından yerinden yönetim idarelerinin tüzel kişiliği haiz olmalarının en önemli sonucu, kendilerine anayasa ya da kanunlarla verilen yetkileri; kendi karar organları eliyle, Devlet tüzel kişiliğiyle hiyerarşik bir ilişki içine girmeksizin, kendi bütçe imkanları çerçevesinde ve kendi personelleri aracılığıyla kullanabilmeleri; yani idari bir özerkliğe sahip olmalarıdır⁴¹.

1. Özerklik

Özerklik, sözlükte⁴²; “*bir üst organa bağlı olmakla beraber kendine ait işleri ayrı bir yasayla kendisi düzenleme ve yönetme yetkisi olan kuruluş ya da devlet*” olarak tanımlanmıştır. AYM de özerkliğin genel anlamdaki tanımını; “*sosyal bir topluluğun ya da tüzel kişiliğin kendilerini yöneten kuralların tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde hareket edebilme özgürlüğü ve yetkisi*” şeklinde yapmaktadır⁴³. Yerinden yönetim ilkesi kapsamında ele alındığında ise özerklik; Anayasa’da ortaya konulan esaslar çerçevesinde kanun koyucu tarafından mahallî müşterek nitelikte olduğu belirlenen ihtiyaçların kamu yararı doğrultusunda, kamu tüzel kişiliğini haiz mahallî idarelerin sorumluluğu altında yerine getirilmesine yönelik, idari işlev kapsamındaki yetkiler bütünü olarak tanımlanabilir⁴⁴.

Yerinden yönetim ilkesinin Anayasa’daki somut görünümünü ve karşılığını ifade eden yerel özerkliğin⁴⁵ idari ve mali boyutunun ağır basmakta olduğu vur-

³⁹ Gözler (n 30) 51.

⁴⁰ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 2* (İsmail Akgün Matbaası 3. Bası İstanbul 1966) 610.

⁴¹ Onar (n 40) 610; Onur Karahanoğulları, “Yerel Özerklik: Mahallî Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi”, Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu (2013) 65-67; Günday (n 1) 72.

⁴² Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, www.sozluk.gov.tr.

⁴³ AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, 22.06.1988.

⁴⁴ Aynı yönde: AYM, E. 2019/112, K. 2020/35, 25/06/2020.

⁴⁵ Mahallî idarelerin özerkliği hakkında bkz. Zülfiye Yılmaz, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2019).

gulanmalıdır. İdari özerklik, mahallî idarelerin anayasadan kaynaklanan yetkilerini seçimle iş başına gelen karar organlarıyla, kural olarak, hiçbir makamdan izin ve onay almadan kullanma gücüne sahip olmalarını ifade eder⁴⁶. Mali özerklik ise mahallî idarelerin merkezî bütçeden ayrı bir bütçeye, mali kaynağa ve dolayısıyla malvarlığına sahip olmaları ve bu varlıklara ilişkin, kural olarak, hiçbir makamdan izin ve onay almadan bizzat tasarrufta bulunma yetkileri olduğu anlamına gelir⁴⁷. AYM de; Anayasa'da merkezden yönetim - yerinden yönetim ayrımının yapılması, mahallî idarelerin tüzelkişiliğe sahip olmaları, bu idarelerin organlarının seçimle ve belirli sürelerle göreve gelmesi, bu organlara karar alma ve uygulama yetkisinin tanınması, mahallî idarelerin kendilerine özgü malvarlıkları, gelir ve bütçelerinin bulunması, bu idarelerin gelirlerini ve varlıklarını kendi amaçlarına uygun bir biçimde kullanabilmeleri ve bu idarelere görevleriyle orantılı gelir kaynakları sağlanması gibi hususları mahallî idarelerin idari ve mali özerkliğinin Anayasa'daki somut görünümü olarak kabul etmektedir⁴⁸.

Anayasa'da merkezden yönetim-yerinden yönetim ayrımının yapılmasının yerinden yönetim ilkesi ve dolayısıyla özerkliğin bir gereği olduğu dikkate alındığında merkezî idareyle mahallî idarelerin arasındaki görev paylaşımının yerel yönetim ilkesine uygun bir şekilde yapıp yapılmadığı, daha açık ifadeyle mahallî müşterek ihtiyaçları karşılama görevinin kanun koyucu tarafından mahallî idarelere verilip verilmediği anayasaya uygunluk bakımından belirleyici bir kriter olarak karşımıza çıkar. Bu kapsamda mahallî nitelikteki bir hizmetin merkezî idareye ya da ulusal düzeyde yürütülmesi gereken bir hizmetin mahallî idarelere bırakılmasının Anayasa'nın 127. maddesine, yerinden yönetim ilkesine ve dolayısıyla mahallî idarelerin özerkliğine aykırı olacağı ifade edilmelidir⁴⁹.

2. Mahallî Müşterek İhtiyaçların Karşılansında Yöntem

a. Kural: Mahallî Müşterek İhtiyaçların Mahallî İdarelerce Karşılansması

Mahallî idarelerin görevlerini belirleyen yasal düzenlemeler yaparken yerinden yönetim ilkesine uygun şekilde hareket etmek zorunda olan kanun koyucunun Anayasa uyarınca göz önünde bulundurması gereken bir diğer ölçüt ise mahallî müşterek ihtiyaçların mahallî idarelerce karşılanmasıdır⁵⁰. Zira Anayasa'nın 127. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca; il, belediye ve köy halkının mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarının birer kamu tüzel kişisi olan mahallî idareler tarafın-

⁴⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2024) 186; Gözler (n 30) 184.

⁴⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 46) 184; Gözler (n 30) 188-189.

⁴⁸ AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, 18/05/2023; AYM, E. 2014/72, K. 2014/141, 11/09/2014; AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, 22.06.1988.

⁴⁹ Karahanoğulları (n 17) 75, 85.

⁵⁰ Mahallî müşterek ihtiyaç kavramı hakkında bkz. Muhammed Cihad Şaylan. *Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramı*. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 2018).



dan karşılanması gerekir. Bu nedenle kanun koyucu, mahallî idarelerin görevlerini belirlerken bu idarelerin yürüteceği hizmetlerin de mahallî nitelikte olmasına dikkat etmek durumundadır.

Yerinden yönetim ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan mahallî müşterek ihtiyaç kavramının, kısaca ihtiyaçların boyutu dikkate alındığında kamu yararı bakımından mahallî idarelerce karşılanması gereken ihtiyaçları ifade ettiğini düşünmek mümkündür. Bununla birlikte mahallî müşterek ihtiyaç kavramının içeriği ve unsurları, bir ihtiyacın mahallî müşterek nitelik arz ettiğini belirleme yetkisinin kimde olduğu ve nihayet mahallî müşterek ihtiyaçları kimin karşılaması gerektiği üzerinde de durmak gerekir.

Mevzuatta tanımı yer almayan mahallî müşterek ihtiyaç kavramı, AYM tarafından şu şekilde tanımlanmıştır:

Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahallî idarelerin kuruluş amacı olarak gösterilen mahallî müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayanların, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir⁵¹.

AYM'nin bu tanımı çerçevesinde mahallî müşterek ihtiyacın; il, belediye ya da köy sınırları içinde yoğun bir şekilde yerleşmiş bulunan insanların bu yerlerde birlikte yaşamalarından kaynaklanan, sürekli güncellenen ve kamu hizmeti sunularak karşılanması sonucu ortaya çıkacak kamu yararının mahallî boyutları aşmadığı kamusal ihtiyaçlar şeklinde özetlenmesi mümkündür⁵². Kavramdaki 'mahallî' ibaresi, bir 'mahal'e özgü/ilişkin/ait anlamına gelip mahallî ihtiyaçları karşılayacak olan idarenin yer bakımından yetkisine ilişkin bir sınırlama belirtir⁵³. İhtiyacın müşterekliği ise özel ve kişisel değil; genel ve ortak bir ihtiyacın mevcut olması gerektiğine dair bir vurgu olup karşılanacak olan ihtiyacın belirli bir 'mahal'de/coğrafyada/mekanda yaşayan insanların yalnızca bu yerlerde birlikte yaşamaları sonucunda ortaya çıkması ve bu nedenle 'müşterek' niteliğe sahip olması gerekir⁵⁴.

⁵¹ AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, 18/05/2023; AYM, E. 2020/42, K. 2023/99, 18/05/2023; AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/07/2021. AYM'nin mahallî müşterek ihtiyaç kavramına ilişkin verdiği kararların eleştirisi için bkz. Fatma Didem Sevgili Gençay, "Yerel Yönetimlerin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri Ve İşlevi" (2015) 10 (24) Memleket Siyaset Yönetim 54 vd.

⁵² Yıldızhan Yayla, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaiif* (İÜSBF Yayınları İstanbul 1982) 159.

⁵³ Nur Kaman, "Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç" (2020) 7(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 78.

⁵⁴ Gözler (n 30) 119; Kaman (n 53) 78.

Mahallî müşterek ihtiyaç; somut, objektif ve sabit bir kavram değildir. Zira mahal, coğrafya ya da mekan aynı kalsa da bu yerlerde yaşayan insanların ihtiyaçları sosyolojik, ekonomik ya da teknolojik koşulların etkisiyle değişebildiği için mahallî müşterek ihtiyaçlar da güncellenmektedir⁵⁵. Bu nedenle mahallî müşterek ihtiyacın belirlenmesinde kanun koyucunun takdir yetkisine sahip kılınması önemlidir⁵⁶. Diğer yandan mahal, coğrafya ya da mekanın farklılaşması; ihtiyaçların ortaya çıkıp çıkmamasında, ortaya çıkma şeklinde ve boyutunda ya da ihtiyaçların öncelik sıralamasının tespitinde belirleyici olabilmektedir. Bu durum mahallî müşterek ihtiyaç kavramının soyut, subjektif ve değişken niteliklere sahip olduğunu ve bu ihtiyaçların bir yandan takdir yetkisine istinaden belirlenmesi, bir yandan da kamu hizmetlerinin uyarlanma ilkesine uygun şekilde karşılanması gerekliliğini ortaya koyar.

Mahallî idarelerin görev alanı olarak mahallî müşterek ihtiyaç ölçütünü ihdas eden anayasa koyucu, bu ölçütün somutlaştırılmasına ilişkin takdir yetkisini “*Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.*” şeklindeki ifadeyle kanun koyucuya vermiştir. Kanun koyucu da ilgili yasal düzenlemelerle her bir mahallî idarenin karşılamakla görevli olduğu mahallî müşterek ihtiyaçları liste halinde⁵⁷ tayin ederek mahallî idarelerin görevlerini belirlemiştir. Mahallî idarelere bırakılmayan görevler ise merkezî idare tarafından yerine getirilecektir. Dolayısıyla idarenin kanuniliği ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca mahallî idarelerin mahallî müşterek ihtiyaçları kendilerinin belirleyip mahallî kamu hizmetleri kurma yetkileri yoktur⁵⁸. Diğer yandan merkezî idare tarafından yerine getirilmesi gereken bir kamu hizmetinin mahallî nitelik arz eden kısmı; yani hizmetin yerel sınırları aşmayan bir kamu yararının sağlanmasına dönük kısmı da yine kanun koyucunun iradesi sonucu bir mahallî idare tarafından yerine getirilebilir⁵⁹. Bununla birlikte tamamen merkezî idare tarafından yerine getirilmesi gereken ulusal nitelikteki kamu hizmetlerinin mahallî idareler tarafından; tamamen yerellik niteliği taşıyan mahallî kamu hizmetlerinin ise merkezî idare tarafından yürütülmesine dönük düzenlemeler de Anayasa’ya aykırılık teşkil eder⁶⁰.

⁵⁵ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (Beta Yayıncılık İstanbul 2009) 246.

⁵⁶ Kaman (n 53) 80-81.

⁵⁷ Liste halinde sayma ve blok halinde devir yöntemi hakkında bkz. Gözler (n 30) 105; Sevgili Gençay (n 51) 49 vd.

⁵⁸ Karahanoğulları (n 17) 83-84. Farklı yönde: Lutfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası İstanbul 1982) 314; Gözler (n 30) 123.

⁵⁹ Metin Günday, “Kamu Yönetimi Reformunun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Yönünden Değerlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü: 137. Yıl (Danıştay Başkanlığı Ankara 2005) 103. Benzer yönde: AYM, E. 2005/95, K. 2007/5, 24/01/2007.

⁶⁰ Yayla (n 55) 161; Turan Yıldırım ve Hüseyin Melih Çakır, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı” içinde: Turan Yıldırım (ed.) *İdare Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık Güncelleştirilmiş 8. Bası İstanbul 2021) 54; Sevgili Gençay (n 51) 52.



b. Merkezî İdare ve Mahallî İdarelerin Görev Ayrımına İlişkin AYM ve Danıştayın Yaklaşımı

AYM, önüne gelen çeşitli uyuşmazlıklarda merkezî idarenin yalnızca ulusal nitelikteki kamu hizmetlerini; mahallî idarelerin ise yalnızca mahallî nitelikteki kamu hizmetlerini yerine getirmesi şeklindeki genel yaklaşımın ötesine geçmiştir. AYM'nin mahallî müşterek ihtiyaç kapsamında olması nedeniyle mahallî idarelerin görev alanına girmesi gereken bazı hizmetlerin kanun koyucu tarafından merkezî idareye bırakılmasına ilişkin ortaya koyduğu kritere dikkat çekilmelidir. Buna göre; kanun koyucu, takdir yetkisi çerçevesinde mahallî idareleri ortadan kaldırma ya da etkisiz bırakma amacı bulunmadığı ve mahallî idarelere bir yük ya da borç getirmediği sürece bazı görevlerin merkezî idarece yerine getirilmesine yönelik düzenlemeler yapabilir⁶¹. Bununla birlikte AYM, mahallî idarelere görevleriyle orantılı gelir kaynakları sağlanmasına ilişkin anayasal düzenlemeye vurgu yaparak, yalnızca hizmeti yerine getirmede malî güçlük çekmesi nedeniyle mahallî idarelerin görevlerinin merkezî idareye devrini öngören yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olacağını ifade etmiştir⁶².

AYM, 13/03/1913 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayet Kanun-u Muvakkati'nin adını İl Özel İdaresi Kanunu olarak değiştiren 3360 sayılı Kanun'un⁶³ 2. maddesiyle Kanun'a eklenen "*İl özel idarelerinin görevli olduğu mahallî ve müşterek ihtiyaçların kapsamı ve sınırı Bakanlar Kurulunca tespit olunur.*" cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme bu kararda; Bakanlar Kuruluna verilen, il özel idarelerinin karşılamakla görevli olduğu mahallî ve müşterek ihtiyaçların kapsam ve sınırını genel, takdire bağlı, zaman içinde sık sık değişebilecek, hiyerarşi benzeri, ölçütleri belirsiz ve sınırsız bir şekilde belirleme yetkisinin yerel yönetim ilkesiyle ve mahallî idarelerin özerkliğiyle bağdaşmadığını vurgulamıştır⁶⁴. AYM, bu karardan yaklaşık 19 yıl sonra vermiş olduğu bir kararda da ilgili yasal düzenlemeyi yine Anayasa'nın 127. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu kararda AYM, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahallî müşterek ihtiyaçları karşılamakla görevli olan belediyelerin bu görevlerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla belirli ve somut hale getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan "*Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.*" şeklindeki düzenlemeyle idareye çerçevesi çizilmeksizin, belirsiz bir alanda görev ve yetki verildiği gerekçesiyle mezkur kuralın iptaline hükmetmiştir⁶⁵.

⁶¹ AYM, E. 2019/112, K. 2020/35, 25/06/2020; AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, 29/11/2012; AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013.

⁶² AYM, E. 1976/57, K. 1977/71, 10/05/1977.

⁶³ R.G., 17/04/1987, S. 19434.

⁶⁴ AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, 22.06.1988.

⁶⁵ AYM, E. 2005/95, K. 2007/5, 24/01/2007.

AYM'nin mahallî idarelerin yer bakımından yetkisinde kalan bazı kamu hizmetlerinin merkezî idare tarafından yürütülmesine ilişkin yasal düzenlemeler hakkında verdiği kararlar da dikkat çekicidir. Bu kararlarda Mahkeme, ilgili kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin faaliyetlerin mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanması ötesinde ulusal düzeydeki ihtiyaçların karşılanmasına ve ulusal çıkarların korunmasına yönelik, toplumun genelini ilgilendiren faaliyetler olduğuna işaret etmiştir. Mahkeme bu kapsamda; düzenli ve sağlıklı bir şehirleşmenin gerçekleştirilmesi⁶⁶, gecekondulaşmanın önlenmesi⁶⁷ ve toplu konut ihtiyacının karşılanması⁶⁸, imar planlarının yapımı⁶⁹ ve imar mevzuatı kapsamındaki izinlerin verilmesi⁷⁰, turizmin geliştirilmesi⁷¹, boğazlardan güvenli geçişin sağlanması⁷² ve büyük ölçekli yatırımların yapılması⁷³ gibi konularda mahallî idarelerle birlikte veya münhasıran merkezî idarenin yetkilendirilmesini kamu yararının gerektirdiği tasarruflar olarak kabul ederek ilgili yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Öte yandan AYM, düzenli ve sağlıklı bir şehirleşmenin gerçekleştirilmesi ile turizmin geliştirilmesi gibi konularda merkezî idare ve mahallî idarelerin birtakım kamusal maliyetlere birlikte katlandığını vurgulayarak mahallî müşterek niteliği aşip toplumun tamamını ilgilendiren faaliyetlerde mahallî idarelerin de katkısının olabileceğini belirtmiştir⁷⁴. Diğer bir ifadeyle mahallî idareler, kanun koyucunun takdir yetkisinin bir sonucu olarak mahallî müşterek ihtiyaçları karşılamaya ötesine geçerek ulusal düzeydeki ihtiyaçların karşılanmasına dönük bir işlev de ortaya koyabilmektedir. Bu çerçevede merkezî idare ile mahallî idarelerin eşgüdüm ve iş birliği içerisinde hareket ederek belirli bir kamu hizmetinin yerel ve ulusal ölçekte yürütülmesini birlikte sağlaması da söz konusu olabilmektedir. AYM kararları doğrultusunda merkezî idare ile mahallî idarelerin idarenin bütünlüğü ilkesi ve kamu yararı gereğince birlikte hareket ederek yerine getirdikleri hizmetlere örnek olarak; acil çağrı, afet ve acil yardım hizmetlerinin koordinasyonu ve yürütülmesi⁷⁵ ile çeşitli ölçekteki imar planlarının yapımı⁷⁶ gibi çok boyutlu ve aşamalı süreçler verilebilir.

Konuya ilişkin AYM'nin en dikkat çekici kararlarından biri de 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye ilişkindir.

⁶⁶ AYM, E. 2020/42, K. 2023/99, 18/05/2023.

⁶⁷ AYM, E. 2020/42, K. 2023/99, 18/05/2023; AYM, E. 2008/87, K. 2011/95, 09/06/2011.

⁶⁸ AYM, E. 2008/87, K. 2011/95, 09/06/2011.

⁶⁹ AYM, E. 2020/42, K. 2023/99, 18/05/2023; AYM, E. 2016/181, K. 2018/111, 20/12/2018; AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013.; AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, 22/11/2012.

⁷⁰ AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013.

⁷¹ AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, 18/05/2023.

⁷² AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, 22/11/2012.

⁷³ AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013.

⁷⁴ AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, 18/05/2023; AYM, E. 2020/42, K. 2023/99, 18/05/2023.

⁷⁵ AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013.

⁷⁶ AYM, E. 2008/87, K. 2011/95, 09/06/2011.



Bu düzenlemeye göre; fıkra da sayılan merkezî idare yatırımları il özel idarelerine ödenek aktarılması suretiyle gerçekleştirilebilecek ve il özel idarelerinin tâbi olduğu usul ve esaslara göre sonuçlandırılacaktır. AYM, bu düzenlemenin iptali için açılan dava kapsamında yaptığı incelemede öncelikle idarenin bütünlüğü ilkesine vurgu yaparak bu ilkenin *“merkezi idare kuruluşları ile yerinden yönetim kuruluşlarının ve dolayısıyla da il özel idarelerinin birbirinden bağımsız parçalı yapılar olmasını değil, toplumsal ve kamusal yararı sağlayacak bir etkinliğe dönük işbirliği içinde bulunmalarını”* gerekli kılabileceğini ifade etmiştir⁷⁷. Daha sonra ise Mahkeme, iptali istenen düzenlemede sayılan il sınırları içindeki yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskân, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımların mahallî niteliğinin de bulunduğu dikkat çekmiştir. Buna göre; *“il sınırları içinde merkezi kuruluşlar ya da il özel idareleri tarafından yürütülen hizmetlerin bütünlük ve uyum içinde gerçekleştirilmesi için”* merkezî idarenin mahallî idarelerle kanunda öngörülen gibi bir ilişki içine girmesi gerekli ve hatta zorunlu olabilecektir. Dolayısıyla AYM, bir hizmet ya da yatırımın bir yönüyle mahallî bir yönüyle de ulusal nitelik arz etmesi karşısında idarenin bütünlüğü ilkesinin bir tezahürü olarak merkezî idare ile mahallî idarelerin kanun koyucunun belirlediği araç ve yöntemler çerçevesinde uyum ve iş birliği içinde faaliyet göstermelerinin kamu yararının sağlanması bakımından gerekli olacağını ve bu durumun da mahallî idarelerin özerkliği açısından bir sorun teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir.

Öte yandan 2013 yılı için belediye meclislerince belirlenen harç ve vergi tarifelerinin ilgili yasal düzenleme uyarınca alınacak Bakanlar Kurulu kararına kadar geçerli olmasını öngören yasal düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmeden Mahkeme, bu çerçevede kanun koyucunun mahallî idarelere merkezî idarenin yükünü hafifletme gibi bir işlev yükleyebileceğini de ifade etmiştir⁷⁸. AYM’nin bu kararı doğrultusunda kanun koyucunun çeşitli yasal düzenlemeler aracılığıyla merkezî idareye de mahallî idarelerin yükünü hafifletme işlevi yükleyebileceğini söylemek mümkündür.

AYM bazı kararlarında ise belirli faaliyetlerin mahallî müşterek ihtiyaç olup olmadığına yönelik doğrudan ve kesin bir tespitle bulunmak suretiyle hüküm vermiştir. Örneğin; sivil hava taşımacılığıyla ilgili hizmetlerin⁷⁹ ya da okul öncesi eğitim kurumları açılmasının⁸⁰ mahallî müşterek nitelikte olmadığını vurgulayan Mahkeme, sağlık koşullarına uygun ve temiz içme suyu ihtiyacının belirli bir yörede birlikte yaşayan kişilerin mahallî ve müşterek ihtiyacı olduğu hususunda ise tereddüt bulunmadığını belirtmiştir⁸¹.

⁷⁷ AYM, E. 2008/87, K. 2011/95, 09/06/2011.

⁷⁸ AYM, E. 2014/72, K. 2014/141, 11/09/2014.

⁷⁹ AYM, E. 2006/131, K. 2007/4, 24/01/2007.

⁸⁰ AYM, E. 2005/95, K. 2007/5, 24/01/2007.

⁸¹ AYM, E. 2019/112, K. 2020/35, 25/06/2020.

Mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamına hangi faaliyetlerin girdiği; buna karşılık hangi faaliyetlerin ulusal nitelik arz ettiği hususu, Danıştayın mahallî idareler tarafından tesis edilen idari işlemlerin yargısal denetimi kapsamında verdiği kararlarda da ele alınmıştır. Bu kararların biri, Viranşehir Belediye Meclisi tarafından kurulan “Eğitim Destek Evi”nin kapatılmasına ilişkin Viranşehir Kaymakamlığı işleminin iptali istemiyle açılan dava kapsamında verilmiştir. Söz konusu kararda Danıştay, belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan belediyelerin “ulusal nitelikteki eğitim faaliyeti” kapsamında yer alan dersane kurması ve işletmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde karar vermiştir⁸².

Danıştayın verdiği bir diğer kararda ise davacı, gıda denetimi yetkisinin merkezî idareye yönetime aktarılmasını öngören yasal düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi kapsamında AYM’ye gönderilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Danıştay ise Anayasa uyarınca kamu hizmetlerinin tümüyle yerinden yönetimler tarafından yerine getirilmesi gerekmediğine işaret ederek yerel yönetimlere tanınan gıda denetimi yetkisinin genel halk sağlığını ilgilendirmesi bakımından bu yetkinin kanun koyucu tarafından merkezî idareye aktarılmasının Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiş ve davacının Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi bulmamıştır⁸³.

Bir diğer uyuşmazlık Avrupa Birliği Müktesebatını İzleme Komisyonunun kurulmasına yönelik alınan Diyarbakır İl Genel Meclisi kararının Diyarbakır Valisi tarafından tekrar görüşülmesinin istenmesi üzerine tekrar görüşülmeksizin söz konusu komisyonun çalışmalarına devam etmesine yönelik tesis edilen işlem nedeniyle doğmuştur. Danıştay, bu uyuşmazlık hakkında verdiği kararda öncelikle il özel

⁸² “5393 Sayılı Belediye Kanunu’nun yukarıda yer verilen belediyenin görev ve sorumlulukları ile yetkileri ve imtiyazları başlıklı maddeleri birlikte incelendiğinde; belediyelerin eğitim ve öğretim ilişkin olarak devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilecekleri gibi yaptırabilecekleri, bu okulların her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyacını karşılayabileceklerinin öngörüldüğü, belediyelerin bunun ötesinde eğitim ve öğretim faaliyetlerine yönelik görev ve sorumluluklarının bulunmadığı, “okul öncesi eğitim kurumu” açabileceklerine yönelik hükmün de Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen kararla iptal edildiği, anılan karar gerekçesinde de, mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlara yönelik faaliyette bulunma yetkisi olan belediyelerin, program ve yöntem itibarıyla ulusal nitelikteki Milli Eğitim konusunda yetkili olmadığının belirtilmesi karşısında, belediyelerin eğitim-öğretim faaliyetinde bulunamayacağı kabulü gerekmektedir.” Danıştay 8. D. 2014/1578, 2019/8969, 18/10/2019, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 11/08/2024.

⁸³ “Özerklik; merkezi yönetim - yerel yönetim ilişkisinde dengenin iki yönetimden birinin aleyhine bozulmasını önlemeye yöneliktir. Anayasa yerel yönetimlere özerklik tanım suretiyle bu dengeyi korumaya çalışmıştır. Ancak, bu ilke tümüyle kamu hizmetlerinin yerel yönetimlerce yerine getirileceği sonucunu doğurmaz. Zira, Anayasa’nın 123. maddesinde: idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu belirtildikten sonra merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı vurgulanmıştır. Yani kamu hizmetlerinin yürütülmesinin sırf yerinden yönetim ilkesine dayandığı söylenemez.” Danıştay 10. D. 1996/5391, 1998/6116, 25/11/1998, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 11/08/2024.



idarelerinin dış politikalarla ilgili herhangi bir görevinin olmadığını vurgulamıştır. Daha sonra ise il genel meclisinin ancak il özel idaresine kanunla verilen görev ve yetkiler kapsamında ihtisas komisyonu kurabileceği; dolayısıyla il genel meclisince il özel idaresinin görev ve yetkileri içinde bulunmayan konularda ihtisas komisyonları kurulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir⁸⁴.

Son olarak Danıştay, çeşitli kararlarında alt ölçekli imar planlarının mahallî müşterek ihtiyaç kapsamında görülmesinin mümkün olduğunu belirtmekle birlikte; bu planların daha üst ölçekli planlara uygun olma zorunluluğu da dikkate alındığında, bunların “mahallî ” boyutu aşan bir niteliği bulunduğu değerlendirilmiştir⁸⁵.

AYM ve Danıştay kararları çerçevesinde şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanmasına yönelik hizmetler olmalarına rağmen büyük ölçekli yatırımlar ve borçlanma gerektiren yüksek maliyetli süreçleri beraberinde getirmesi nedeniyle merkezî idarenin kanunla bu hizmetler bakımından görevlendirilmesinin kamu yararının sağlanmasına yönelik bir tasarruf olduğu söylenebilir⁸⁶. Zira merkezî idarenin ekonomik ve teknik açıdan sahip olduğu imkanların yanı sıra ilgili projelerin hayata geçirilmesini sağlayacak/hızlandıracak niteliklere sahip uzman personel istihdam etme potansiyeli, mahallî nitelikteki kamu hizmetlerinde de merkezî idarenin rol oynamasını ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine katkı sunmasını gerekli kılabilir. Diğer yandan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin, bu faaliyetlerin ortaya çıkardığı kamu yararının boyutu ve etkisi dikkate alındığında tümüyle mahallî idarelerce yerine getirilmesi zorunlu kamu hizmetleri olarak görülemeyeceği de yine yargı mercilerinin bakış açısı çerçevesinde ileri sürülebilir. Bu doğrultuda söz konusu faaliyetlerin merkezî idarece devralınması ve üstlenilmesinin mahallî idarenin yükünü hafifletmeye yönelik, idarenin bütünlüğü ilkesi kapsamında ve kamu yararı doğrultusunda merkezî idarece ortaya konulan tasarruflar olduğunu ifade etmek mümkündür.

AYM kararlarında bir kamu hizmetinin mahallî ya da ulusal niteliğine ek olarak kullanılan “mahallî niteliği aşan” ya da “ulusal yönü de bulunan” şeklindeki ifadeler de, esasında, kanunla mahallî idarelere verilen görevlerin kısmen ya da bazı yönleri bakımından merkezî idare tarafından yerine getirilmesine ilişkin bir meşruiyet zemini tesis eden içtihadî yaklaşımlar olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının merkezî idare ta-

⁸⁴ Danıştay 8. D. 2008/1180, 2008/5500, 26/09/2008, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 11/08/2024.

⁸⁵ Danıştay İDDK, 2013/4465, 2015/2083, 27/05/2015; Danıştay 6. D. 2015/8722, 2019/11727, 20/11/2019; Danıştay 6. D. 2012/420, 2013/3382, 15/05/2013, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 11/08/2024; Danıştay 6. D. 2014/3758, 2014/6245, 23/10/2014, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 11/08/2024.

⁸⁶ Nitekim Danıştay da şehir içi raylı toplu taşımacılık faaliyetlerine ilişkin yaptığı değerlendirmede bu faaliyetlerin mevzuatta belediyelerin görevleri arasında sayılmış olmasına rağmen; günümüzdeki şehir içi raylı taşımacılık faaliyetlerinin niteliğini göz önünde bulundurarak, bu faaliyetlerin klasik anlamda belediyece faaliyetinden ayrılabilir bir hâl aldığı sonucuna varmıştır. Bkz. Danıştay İDDK, 2016/3550, 2018/3956, 08/10/2018, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 11/08/2024.

rafından üstlenilmesine imkân tanıyan düzenlemeler de kanunla mahallî idarelere verilmiş görevler olmasına rağmen çeşitli yönlerden mahallî niteliği aşan kamu hizmetlerinin merkezî idarenin devreye girmesi suretiyle yürütülebilmesini sağlamaktadır. Bu noktada kanun koyucunun; merkezî idarenin ilgili projelerin yapımını üstlenmesi sonucunda şehir içi ulaşım hizmetlerinin uyarlanma ve süreklilik ilkelere uygun şekilde yürütülmesiyle ortaya çıkacak kamu yararını, yerinden yönetim esasının katı bir şekilde uygulanarak mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçların her koşulda ve bütünüyle mahallî idarelerce karşılanması sonucu gerçekleşmesi beklenen kamu yararına tercih etmesi anlamına gelecek bir takdir yetkisi kullandığına işaret etmek gerekir.

3. İdari Vesayet İlişkisi

a. İşlev ve Kapsam

Yerinden yönetim ilkesinin önemli bir diğer tezahür şekli ise merkezden yönetimle yerinden yönetim arasındaki ilişkinin belirlenmesi aşamasına ilişkindir. Zira yerinden yönetim ilkesi Devletten ayrı kamu tüzel kişilerinin kurulabilmesi anlamına geldiğinden, bu ilke birer kamu tüzel kişisi olan mahallî idareler üzerinde merkezden yönetimin hiyerarşi yetkisine sahip olamamasını da içerir⁸⁷. Nitekim merkezî idareyle hiyerarşi ilişkisi içinde olan mahallî idarelerin özerkliğinden söz edilemez. Buna karşılık, yerinden yönetim ilkesinin benimsendiği bir üniter devlette merkezî idareyle mahallî idareler arasındaki ilişki, idarenin bütünlüğü ilkesine uygun olarak idari vesayet⁸⁸ yoluyla sağlanmalıdır⁸⁹. Aksi takdirde devletin üniter yapısı ortadan kalkabileceği gibi yerinden yönetim ilkesinden söz etmek de anlamını yitirir⁹⁰. Üniter yapıli devletlerde merkezî idareyle mahallî idareler arasındaki ilişkinin kurulması için vazgeçilmez bir mekanizma olan idari vesayet en önemli işlevi, merkezî idareyle mahallî idareler arasındaki ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önleyerek idarenin bütünlüğünü sağlamaktır⁹¹. Bu doğrultuda Anayasa'nın 127. maddesinde de merkezî idareye idari vesayet yetkisi tanınmasının amacı; “*mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması*” şeklinde ifade edilmiştir.

İdari vesayet, diğer bir boyutuyla mahallî idarelere anayasayla tanınan ve güvence altına alınan özerkliğe yine anayasa tarafından getirilen bir istisna niteliğindedir⁹².

⁸⁷ Günday (n 1) 70.

⁸⁸ İdari vesayet hakkında bkz. F. Ebru Gündüz, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet” (2015) 20 (33) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; Sabri Coşkun, *İdarenin İdari Denetiminde İdari (Yönetimsel) Vesayet* (Ankara 1976); İsmail Hakkı Görel, *İdari Vesayet* (Yeni Cezaevi Matbaası Ankara 1944).

⁸⁹ Gözler (n 30) 213.

⁹⁰ Gözler (n 30) 57.

⁹¹ AYM, E. 2020/103, K. 2023/68, 05/04/2023.

⁹² AYM, E. 2019/112, K. 2020/35, 25/06/2020.



Zira idari özerkliğin bir sonucu olarak hiçbir makam ve merciin izin ve onayına tâbi olmaksızın karar alma ayrıcalığını haiz mahallî idarelerin bu ayrıcalıkları, merkezî idareye tanınan idari vesayet yetkisi sonucu kanun koyucunun iradesi doğrultusunda ortadan kalkmaktadır. Bu çerçevede AYM, konuya ilişkin verdiği bir kararında mahallî idarelerin özerkliği ile idari vesayet arasında ters orantı olduğunu ve idari vesayet yetkisinin idari özerkliğin sınırını oluşturduğunu vurgulamıştır⁹³. Diğer yandan idari vesayet, yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde bir yandan mahallî idarelere getirilen bir sınırlama iken diğer yandan merkezî idare bakımından da aynı şekilde bir sınırı ifade eder⁹⁴. Belirtmek gerekir ki merkezî idare bakımından bu sınır, öncelikle idari vesayetin doğrudan ve açık bir yasal dayanağı bulunmasını ifade etmekte; buna ilaveten de idari vesayet ilişkisinin hangi yetkiler kullanılarak somutlaşacağını belirleme işlevini görmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca idari vesayetin ancak kanunda öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda kullanılacak bir yetki olması da mahallî idarelerin özerkliğinin korunmasına ilişkin bir güvence niteliğindedir⁹⁵. Zira bu sayede merkezî idarenin keyfi müdahaleler yoluyla mahallî idarelerin özerkliğini ihlal etmesi önlenmiş olur⁹⁶. Gerek idari vesayetin özerklikle olan bu ilişkisi gerekse Anayasa'nın 127. maddesindeki açık hüküm doğrultusunda idari vesayet yetkisinin; kapsam, sınır, yöntem ve yoğunluğu ancak kanun koyucunun takdir yetkisiyle belirlenebilecek istisnai bir yetki olduğu görülür⁹⁷.

Mahallî idarelerin işlemlerinin yanı sıra organ ve personeli üzerinde de kullanılabilen bir yetki olan idari vesayet yetkisi, idari işlemler bakımından izin ve onay verme, değiştirecek onama, iade etme, işlemin yürürlüğünü erteleme, işlemin uygulanmasını durdurma ya da işleme karşı iptal davası açma gibi şekillerde kullanılır⁹⁸. Mahallî idarelerin organlarının görevden uzaklaştırılması ya da organlık sıfatlarının ortadan kaldırılmasının Danıştaydan istenmesi ile mahallî idare personelinin atanmasına ilişkin onay ve izinler de yine idari vesayet yetkisinin farklı tezahürleridir⁹⁹.

⁹³ AYM, E. 2018/15, K. 2018/78, 05/07/2018.

⁹⁴ Kaman (n 53) 74.

⁹⁵ Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku* (Der Yayıncılık İstanbul 2016).

⁹⁶ AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013.

⁹⁷ AYM, E. 2011/11, K. 2011/151, 03/11/2011. “*İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet yetkisi mutlak bir kullanım zorunluluğunu da içermez. Anayasa’da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.*” AYM, E. 2019/112, K. 2020/35, 25/06/2020; AYM, E. 2018/90, K. 2019/85, 14/11/2019; AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, 27/02/2014. Aynı yönde: AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, 22.06.1988.

⁹⁸ Günday (n 1), 87 vd.; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim* (Filiz Kitabevi İstanbul 2004) 172; Coşkun (n 88) 24 vd.

⁹⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 46) 232.

b. İdari Vesayetın Ayrık Bir Türü Olarak İkame

Merkezî idarenin mahallî idarelerin yerine geçerek karar alması ya da hizmet sunması, kural olarak, idari vesayet yetkisinin kapsamı dışındadır¹⁰⁰. Bununla beraber merkezî idarenin mahallî idarelerin yerine geçerek bu idarelerin görev alanına giren konularda karar alması ve uygulaması, mahallî idare adına eylemler gerçekleştirilmesi veya mahallî idarenin boşalan bir organı yerine atama yapması şeklinde ortaya çıkan ve ikame yetkisi olarak adlandırılan ilişki biçimine çok sınırlı şekilde, katı kurallar çerçevesinde ve nadiren de olsa rastlanmaktadır¹⁰¹. Bu noktada kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması bakımından zorunluluk arz eden durumlarda başvurulabilecek¹⁰² ikame yetkisinin kullanımına ilişkin AYM'nin ortaya koyduğu ölçütler önemlidir. Mahkeme, farklı tarihlerde verdiği kararlarında¹⁰³ ikame yetkisini idari vesayetın ayrık bir türü olarak nitelendirmiş ve merkezî idarenin, kanunla mahallî idarelere görev olarak verilen iş ve işlemleri mahallî idarelerin yerine geçerek yapabilmesi için öncelikle bu yetkinin kapsam ve sınırının kanunda açıkça belirtilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla ilk olarak, ikame yetkisinin kullanım koşullarının kanunda detaylı şekilde düzenlenmesi gerekir. Bunun yanı sıra merkezî idarenin ikame yetkisini kullanabilmesi için mahallî idarelerin kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getirmekten kaçınması veya bunda çok gecikmesi gibi kamu yararı ya da haklı bir nedenin varlığı Mahkemece zorunlu görülmüş; bu yetkinin anayasal ölçütler çerçevesinde kullanılması gerektiğine işaret edilmiştir. Mahkemenin 2023 yılında verdiği bir kararda ise Bakanlığın kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının yerine geçerek yönetici kadrolarına doğrudan atama yapmasının oldukça ağır bir idari vesayet yetkisi olduğu vurgulanmış ve ilgili düzenleme iptal edilmiştir¹⁰⁴.

Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro yapımının kanunla mahallî idarelere verilen toplu taşıma ve şehir içi ulaşım hizmetleri kapsamında bir görev olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu hizmetlerin merkezî idare tarafından devralınması ve üstlenilmesinin, merkezî idarenin mahallî idarelerin yerine geçmek suretiyle bu hizmetleri yerine getirmesine, yani idari vesayetın ayrık ve istisnai bir görünümü olan ikame yetkisini kullanmasına bir örnek teşkil ettiği görülür. Bu noktada şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin merkezî idare tarafından devralınmasının yasal bir dayanağı olmadığı daha önce vurgulanmıştı. Söz konusu projelerin

¹⁰⁰ AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013; AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, 29/11/2012.

¹⁰¹ Duran (n 58) 52; Coşkun (n 88) 32; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 46) 225, 231, 235.

¹⁰² Muhammed Savaş Bayındır, *İdari Denetim Olarak İdari Vesayet* (Yayımlanmamış doktora tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 2007) 204.

¹⁰³ AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013; AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, 29/11/2012; AYM, E. 1990/38, K. 1991/32, 26/09/1991.

¹⁰⁴ "Merkezî idarenin meslek kuruluşu yerine geçerek kendisinin icrai karar alması biçimindeki bir vesayet aracı ancak mutlak zorunluluğun bulunduğu istisnai hâllerde öngörülebilir." AYM, E. 2022/96, K. 2023/174, 11/10/2023.



yapımının Cumhurbaşkanınca üstlenilmesinin dayanağı ise 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında ve 1 sayılı CBK'nın 485. maddesinde “Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin...” şeklinde geçen ibaredir.

Cumhurbaşkanının idari vesayet kapsamındaki ikame yetkisini kullanarak kanunla büyükşehir belediyelerine verilmiş bir görevin üstlenilmesine ve bakanlıkça yerine getirilmesine karar vermesinin yerinden yönetim ilkesine ve mahallî idarelerin özerkliğine aykırı olmaması için AYM içtihadı çerçevesinde, öncelikle ikame yetkisinin kapsam ve sınırının kanunda açıkça belirtilmesi gerekir. Diğer yandan merkezi idarenin ikame yetkisini kullanabilmesi için “mahalli idarenin yasalarla kendisine verilen görevi yerine getirmekten kaçınması veya bunda çok gecikmesi gibi kamu yararı ya da haklı bir nedenin” mevcut olması gerektiği de yine AYM tarafından ortaya konulmuştur. Bununla birlikte şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının Cumhurbaşkanı tarafından üstlenilmesine ilişkin 655 sayılı KHK ve 1 sayılı CBK'da yer alan “Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen” ibaresinin başlı başına Cumhurbaşkanının hangi projelerin, hangi kriter ya da koşullar çerçevesinde üstlenilmesine karar vereceği hususunda kapsam ve sınır bakımından bir açıklık taşımadığı açıktır. Buna ilaveten projelerin üstlenilmesini gerekli kılacak haklı bir nedenin mevcut olup olmadığı ya da büyükşehir belediyelerinin bu yönde bir talebinin mevcut olmasının bir kriter olarak kabul edilmediği de yeteri kadar net değildir. Bu durum karşısında şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımının Cumhurbaşkanı tarafından üstlenilmesine karar verilmesinin idari vesayetin ayrık ve istisnai¹⁰⁵ bir uygulanma yöntemi olan ikame yetkisinin kullanılma koşullarını sağlamadığı ve bu nedenle de yerinden yönetim ilkesi ile mahallî idarelerin özerkliğine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmelidir.

c. Subsidiarite İlkesi

Şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınması ya da yapımının üstlenilmesine ilişkin, ağırlıklı olarak federal sistemlerde geçerli bir ilke olan¹⁰⁶ subsidiarite ilkesi¹⁰⁷ çerçevesinde bir değerlendirme yapmak da faydalı olabilir. Bu ilke uyarınca esas olan, hizmetin hizmetten yararlananlara coğrafi olarak en yakın idare tarafından yerine getirilmesidir. Zira bu şekilde ihtiyacın daha hızlı, ucuz ve kolay şekilde karşılanması mümkün olur¹⁰⁸. Subsidiarite ilkesi uyarınca kamu hizmeti sunması gereken idare, ancak ekonomik ve teknik sebeplerle bu hizmeti yerine

¹⁰⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 46) 225.

¹⁰⁶ Ruşen Keleş, “Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi ve Yerel Yönetimler” (1995) 4(1) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 5.

¹⁰⁷ Subsidiarite ilkesi hakkında bkz. Bilal Canatan, *Yerellik İlkesi* (Galeri Kültür Yayınevi Ankara 2001); Konur Alp Demir, *Yerellik İlkesi Kapsamında İl Yönetiminin Mevcut Durumu, Sorunları Ve Geleceği* (Yayımlanmamış doktora tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çanakkale 2016).

¹⁰⁸ Gözler (n 30) 143.

getiremediğinde bir üst düzey ve merkeze yakın idarenin devreye girmesi mümkün olabilir¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle ilke uyarınca kamu hizmetlerinin sunumunda kural olarak ihtiyacı daha hızlı ve daha etkili şekilde karşılama imkanına sahip olan yerel idareler yetkili olup istisnaen de merkezî idarenin müdahalede bulunması söz konusudur¹¹⁰. İlkenin Türkiye açısından bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilmişse¹¹¹ de anayasal dayanaktan mahrum olduğu vurgulanmalıdır¹¹². Bununla birlikte Türk hukuku bakımından kanunla eşdeğer düzeyde bir norm olan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda kamusal yetkilerin genellikle ve tercihen vatandaşın en yakın olan makamlar tarafından kullanılması gerektiği vurgulanmıştır¹¹³. Şart'ta diğer yandan, kamusal yetkilerin, yerine getirilecek hizmetin kapsam ve niteliğinin gerektirmesi durumunda ya da yerel idarelerin hizmeti yerine getirmedeki etkinliğine ilişkin veya ekonomik gerekçelerle başka bir makama verilebileceği ifade edilmiştir¹¹⁴. Ayrıca Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderilen ve sonrasında yürürlüğe girmeyen 15/07/2004 tarih ve 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri Ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde de; görev, yetki ve sorumlulukların hizmetten yararlananlar açısından en uygun ve en yakın birime verileceği hususu yer almıştır¹¹⁵.

Dolayısıyla ilk etapta merkezî idarenin mahallî idarelerin görevine giren şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerini devralması ya da bunların yapımını üstlenmesinin subsidiarite ilkesiyle örtüştüğü düşünülebilir. Zira bu durumda mahallî idarelerin kanunla kendilerine verilen bir görevi ekonomik ve teknik sebeplerle yerine getirememesi üzerine merkezî idarenin müdahalesi gerçekleşmiş olmaktadır. Ne var ki, konuya ilişkin yürürlükte yasal bir düzenlemenin olmadığı gerçeği ve idarenin kanuniliği ilkesi karşısında subsidiarite ilkesinin, başlı başına, merkezî idarenin mahallî idarelerin yerine geçerek şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerini devralma ya da yapımını üstlenme kapsamında iş ve işlemler yapmasına hukuki meşruiyet kazandıramayacağı da vurgulanmalıdır.

SONUÇ

Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca merkezden yönetim ve yerinden yönetim esasları çerçevesinde yürütülen kamu hizmetlerinin kamu yararının sağlanması bakımından etkili, verimli, hızlı ve kolay ulaşılabilir şekilde sunulabilmesi gerekir. Bunun için kanunla söz konusu ihtiyacı karşılamakla görevlendirilmiş idarenin, ih-

¹⁰⁹ Gözler (n 30) 146.

¹¹⁰ Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, *Hizmette Yerellik (Subsidiyarite) İlkesinin Tanımı ve Sınırları* (Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Yayını Ankara 1995) 4-5; Gözler (n 30) 146.

¹¹¹ Şaylan (n 50) 51.

¹¹² Keleş (n 106) 13; Gözler (n 30) 147.

¹¹³ Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı md. 4/3. inhak.adalet.gov.tr, erişim tarihi: 01/08/2024.

¹¹⁴ Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı md. 4/3. inhak.adalet.gov.tr, erişim tarihi: 01/08/2024.

¹¹⁵ www.tbmm.gov.tr, 2024, erişim tarihi: 01/08/2024.



tiyacin tespitini zamanında ve doğru şekilde yaparak kamu hizmetinin ilkeleri doğrultusunda bir faaliyet icra etmesi önemlidir. Diğer yandan yine anayasal dayanağa sahip olan yerinden yönetim ilkesi uyarınca mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlar mahallî idareler tarafından karşılanmalıdır. Anayasa koyucu, bu doğrultuda mahallî idarelerin söz konusu işlevlerini gereği gibi yerine getirmesini sağlamak üzere mahallî idarelere görevleriyle orantılı şekilde gelir kaynağı sağlanmasını kurala bağlamıştır. Bununla birlikte AYM, merkezî idare ve mahallî idareler arasındaki görev ayrımına çok katı bir şekilde yaklaşmamaktadır. Mahkeme, konuya ilişkin verdiği kararlarda; idarenin bütünlüğü, kamu yararı ve kanun koyucunun takdir yetkisi doğrultusunda merkezî idareyle mahallî idarelerin iş birliği içinde hareket edebileceğine, bir kamu hizmetinin kısmen merkezî idare kısmen mahallî idarelerce görülebileceğine ya da mahallî idarelerin merkezî idarenin yükünü hafifletmek amacıyla bazı faaliyetleri yerine getirebileceğine vurgu yapmıştır.

Mahallî idarelerin görevleri kanun koyucu tarafından çeşitli yasal düzenlemelerle tespit edilerek hangi kamu hizmetlerinin mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında sunulacağı belirlenmiştir. Buna göre şehir içi toplu taşıma ve ulaşım, mahallî kamu hizmetlerindedir. Ne var ki; toplu taşıma ve ulaşım hizmetlerini uyarlanma ilkesi çerçevesinde şehir içi raylı ulaşım sistemleri kurarak ya da metro yaparak yürütmek isteyen mahallî idareler, bu projelere yüksek maliyet, borçlanmaya ilişkin mevzuat ya da teknik imkanların elvermemesi gibi nedenlerle ya neredeyse hiç başlayamamakta yahut başlanan projeler yarıda kalabilmektedir. Burada fiili durumun anayasal ilkelerle ya da yasal düzenlemelerle bağdaşmadığı görülür. İşte bu fiili durumun hukuki durumla bağdaşmaması şeklinde ortaya çıkan problem, merkezî idare tarafından şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin devralınması ya da üstlenilmesi yoluyla giderilmek istenmektedir. İlgili mevzuat uyarınca devralma ve üstlenme sonucu tamamlanan projelerin maliyeti, projeler tamamlandıktan sonra merkezî idare tarafından mahallî idarelere aktarılacak paydan mahsup edilmektedir.

Ayrıca merkezî idarenin devralma ve üstlenme yönündeki iradesi idarenin bütünlüğü ve kamu yararı ilkeleri doğrultusunda ortaya konulmaktaysa da gerek merkezî idareyle mahallî idare arasında Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca kurulabilecek olan idari vesayet ilişkisi gerekse idarenin kanuniliği ilkesi bakımından konuya ilişkin hukuki bir sorun olduğu da açıktır.

Bu noktada idari vesayet kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde kullanılması gereken bir yetki olup CBK ile dahi idari vesayet ilişkisi kurulamayacak olması¹¹⁶ göz ardı edilmemelidir. Diğer yandan merkezî idarenin şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerini devralmasının açık ve kapsamlı bir yasal dayanağa ihtiyaç duymasına rağmen bu ihtiyacı karşılayacak bir yasal düzenlemenin yürürlükte olmaması hukuki sorunun en bariz göstergesidir. Kaldı ki; mahallî idarelerin

¹¹⁶ AYM, E. 2020/52, K. 2023/223, 27/12/2023; AYM, E. 2018/118, K. 2023/180, 26/10/2023.

görev alanına giren bir hizmetin merkezî idare tarafından yerine getirilmesi, idari vesayetin ayrık ve istisnai bir uygulaması olan ikame yetkisinin bir örneğini teşkil etmekte olup mahallî idarelerin özerkliğinin ihlali sonucunun doğmaması için bu yetkinin sınırlarının kanunda açık ve net bir şekilde belirtilmesi ve bu yönetime oldukça dar bir çerçevede başvurulması gerekir.

Devralma ve üstlenme şeklinde ortaya çıkan söz konusu yetki; devralma bakımından Cumhurbaşkanının yasal dayanağı ilga edilmiş bir Bakanlar Kurulu kararına eklemeler yapması suretiyle kullanılmaktadır. Üstlenme ise Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının değerlendirip uygun gördüğü talepleri Cumhurbaşkanının onayına sunması şeklinde ilerleyen, koşulları ve sınırları kanunla belirlenmemiş bir süreç sonunda ve geniş bir takdir yetkisine binaen gerçekleşmektedir. Bu durum, idari vesayet ilişkisi kapsamındaki ikame yetkisinin kullanılma koşullarının yanı sıra idari işlemlerin kanuna dayanması gerektiği kuralının da ihlali anlamına gelir.

Bu noktada özellikle mahallî idarelerce yapımına başlanıp da ekonomik sebeplerle bitirilemeyen raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin merkezî idare tarafından devralınmasının subsidiarite ilkesi uyarınca kamu yararının sağlanmasına yönelik gerçekleşen bir durum olduğu söylenebilir. Ne var ki; söz konusu ilke anayasal bir dayanağa sahip olmadığı gibi ilkenin mevcut sorun kapsamında uygulanabileceğini gösteren açık bir yasal düzenleme de yoktur. Bu nedenle merkezî idarenin ulaşım sistemlerini ve projeleri devralma yönünde ortaya çıkan iradesinin hukuka uygunluğundan söz etmek yine mümkün olamamaktadır.

Merkezî idarenin mahallî idarelerin görev alanına giren raylı ulaşım sistemleri ve metro projelerinin yapımını üstlenmesi bakımından ise bu iradenin hangi gerekçeyle ortaya konulduğu, bu yönde talepte bulunan mahallî idarelerin taleplerinin hangi gerekçeyle kabul ya da reddedildiğine ilişkin hukuki belirliliğin sağlanmadığı vurgulanmalıdır. Bu doğrultuda; Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının projeleri hangi kriterler çerçevesinde değerlendirip hangi sebeplerle uygun bulduğu ya da mahallî idarelerin taleplerini reddettiği hususunun öngörülebilirlik ve belirlilikten uzak olması hukuki problemin temel kaynağını oluşturur. Buna ilaveten Cumhurbaşkanının da takdir yetkisini hangi gerekçelerle belirli bir mahallî idareye ait projenin üstlenilmesi şeklinde kullandığını gösterecek ve bu yetkinin hukuka uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığına ilişkin yargısal denetimin yapılmasını mümkün kılacak yasal bir hukuki zemin oluşmadığından, üstlenme iradesini de subsidiarite ilkesiyle ilişkilendirmek mümkün değildir.

Gelinen noktada öncelikli çözüm olarak gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ardından devralma ve üstlenmeler açısından hukuki belirliliği sağlayan, açık ve kapsamlı bir yasal dayanağın ihdas edilmesi ve bu iki usul arasındaki mevzuattan kaynaklı farkların giderilerek mevzuat ve uygulama birliğinin sağlanması gereklidir. Diğer yandan Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının mahallî idarelerin projelerin üstlenilmesine yönelik taleplerini hangi kriterler çerçevesinde değerlendireceğinin açıkça ortaya konularak eşit muamele ve öngörülebilirliğin temini önem arz eder.

Bu çerçevede de Cumhurbaşkanının devralma ve üstlenmeye yönelik takdir yetkisini keyfiliğe yol açmayacak ve sınırları belirlenmiş şekilde, objektif koşullar doğrultusunda kullanmasını zorunlu kılacak yasal değişikliklerin yapılması düşünülebilir.

Konuya ilişkin üretilebilecek bir diğer çözüm ise 1 sayılı CBK'da değişiklik yapılarak şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin kurulması ve metro projelerinin yapımının doğrudan Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görevlerine dahil edilmesi olabilir. Zira özellikle büyükşehirler açısından şehir içi raylı sistemlerin ve metro projelerinin kamuya sağladığı fayda ve kamuya getirdiği yük, bu faaliyetleri mahallî sınırları aşan bir boyuta taşımaktadır. Bu nedenle de söz konusu kamu hizmetlerinin merkezî idarenin görev alanına dahil edilmesi, yerinden yönetim ilkesi bakımından bir sorun teşkil etmez. Ayrıca bu şekilde raylı sistemlerin kurulması ve metro yapımı mahallî idarelerin görev alanından çıkarılmış ve mahallî idarelerin toplu ulaşım ve taşıma hizmetlerinin kapsamı daraltılarak bu idarelerin yükü hafifletilmiş olur. Şehir içi raylı sistemlerin kurulması ve metro yapımının mahallî idarelerin görev alanında kalmaya devam etmesi ihtimalinde ise mahallî idarelere Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrası uyarınca bu görevlerini yerine getirebilmelerini sağlayacak düzeyde malî desteğin sağlanması gerektiği vurgulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut E, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi* (Beta Yayıncılık 2022).
- Akyılmaz B, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin Yayınları Ankara 2000).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2024).
- Arat N, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi "Takdir Yetkisi" ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme* (Beta Yayınları İstanbul 2015).
- Azrak A Ü, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu" (1992), 9(1) Anayasa Yargısı Dergisi, 323-340.
- Bayındır M S, *İdari Denetim Olarak İdari Vesayet* (Yayımlanmamış doktora tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 2007)
- Canatan B, *Yerellik İlkesi* (Galeri Kültür Yayınevi Ankara 2001).
- Coşkun S, *İdarenin İdari Denetiminde İdari (Yönetmel) Vesayet* (1976).
- Demir K A, *Yerellik İlkesi Kapsamında İl Yönetiminin Mevcut Durumu, Sorunları Ve Geleceği* (Yayımlanmamış doktora tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çanakkale 2016).
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası 1982).

Duran L, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii Ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları” (1964) 30(3-4). İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 466-492.

Görelî İ H, *İdari Vesayet* (Yeni Cezaevi Matbaası 1944).

Gözler K, *Mahalli İdareler Hukuku* (Ekin Yayınları 2022).

Günday M, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2013).

Günday M, “Kamu Yönetimi Reformunun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Yönünden Değerlendirilmesi” (2005) Danıştay ve İdari Yargı Günü: 137. Yıl Danıştay Başkanlığı.

Gündüz F E, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet” (2015) 20(33), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63-89.

Güneş T, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Sevinç Matbaası 1965).

Kaman N, “Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç” (2020) 7(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 73-87.

Karahanoğulları O, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler* (Güncelleştirilmiş 3. Baskı Turhan Kitabevi 2015).

Karahanoğulları O, “Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi” (2013) Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu, 65-97.

Kaya C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2011).

Keleş R, “Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi ve Yerel Yönetimler” (1995) 4(1) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, 3-14.

Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, *Hizmette Yerellik (Subsidiyarite) İlkesinin Tanımı ve Sınırları* (Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Yayını 1995).

Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. 2* (3. Bası İsmail Akgün Matbaası 1966).

Özay İ H, *Günışığında Yönetim* (Filiz Kitabevi 2004).

Öztürk K B, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı* (Yetkin Yayınları 2009).

Sever D Ç, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi* (Turhan Kitabevi 2021).

Sevgili Gençay F D, “Yerel Yönetimlerin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri Ve İşlevi” (2015) 10(24) Memleket Siyaset Yönetim, 43-61.



Şaylan M C, Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramı (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).

Yaşar H N, *İdare Hukuku* (Der Yayıncılık 2016).

Yayla Y, *İdare Hukuku* (Beta Yayıncılık 2009).

Yayla Y, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaiif* (İÜSBF Yayınları 1982).

Yıldırım T ve Çakır H M, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”. İçinde: Turan Yıldırım (ed.), *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş 8. Bası On İki Levha Yayıncılık 2021).

Yılmaz Z, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Yararlanılan AYM Kararları:

AYM, E. 1976/57, K. 1977/71, 10/05/1977.

AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, 22.06.1988.

AYM, E. 1990/38, K. 1991/32, 26/09/1991.

AYM, E. 2005/95, K. 2007/5, 24/01/2007.

AYM, E. 2006/131, K. 2007/4, 24/01/2007.

AYM, E. 2008/28, K. 2010/30, 04/02/2010.

AYM, E. 2008/87, K. 2011/95, 09/06/2011.

AYM, E. 2011/11, K. 2011/151, 03/11/2011.

AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, 29/11/2012.

AYM, E. 2011/126, K. 2012/110, 18/07/2012.

AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, 22/11/2012.

AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, 12/09/2013.

AYM, E. 2014/72, K. 2014/141, 11/09/2014.

AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, 27/02/2014.

AYM, E. 2016/181, K. 2018/111, 20/12/2018.

AYM, E. 2018/15, K. 2018/78, 05/07/2018.

AYM, E. 2018/90, K. 2019/85, 14/11/2019.

AYM, E. 2019/112 K. 2020/35, 25/06/2020.

AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/07/2021.

AYM, E. 2020/103, K. 2023/68, 05/04/2023.

AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, 18/05/2023.

AYM, E. 2020/42, K. 2023/99, 18/05/2023.

AYM, E. 2022/47, K. 2023/124, 13/07/2023.

AYM, E. 2021/14, K. 2023/173, 11/10/2023.

AYM, E. 2022/96, K. 2023/174, 11/10/2023.

AYM, E. 2018/118, K. 2023/180, 26/10/2023.

AYM, E. 2022/129, K. 2023/189, 08/11/2023.

AYM, E. 2020/52, K. 2023/223, 27/12/2023.

Yararlanılan Danıştay Kararları:

Danıştay İDDK, 2013/4465, 2015/2083, 27/05/2015.

Danıştay İDDK, 2016/3550, 2018/3956, 08/10/2018.

Danıştay 6. D. 2012/420, 2013/3382, 15/05/2013.

Danıştay 6. D. 2014/3758, 2014/6245, 23/10/2014.

Danıştay 6. D. 2015/8722, 2019/11727, 20/11/2019.

Danıştay 6. D. 2019/9598, 2020/8932, 07/10/2020.

Danıştay 6. D. 2021/8927, 2022/10213, 24/11/2022.

Danıştay 6. D. 2023/2573, 2023/4719, 17/05/2023.

Danıştay 8. D. 2008/1180, 2008/5500, 26/09/2008.

Danıştay 8. D. 2014/1578, 2019/8969, 18/10/2019.

Danıştay 10. D. 1996/5391, 1998/6116, 25/11/1998.

Danıştay 10. D. 2019/8857, 2023/2695, 23/05/2023.

Danıştay 13. D. 2008/10378, 2009/1133, 26/01/2009.

Danıştay 13. D. 2016/2339, 2018/3171, 13/11/2018.

Yararlanılan İnternet Kaynakları:

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020143139122_tur.pdf, (Erişim tarihi 01/08/2024).

Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri ve Metro Projelerinin
Merkezî İdare Tarafından Devralınması ve Üstlenilmesi
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed GÖÇGÜN



<https://sozluk.gov.tr>.

www.kazanci.com.tr.

www.lexpera.com.tr.

www.resmigazete.com.tr.

www.tbmm.gov.tr.



5651 SAYILI KANUN'UN İNTERNET ADRESLERİNE ERİŞİMİN ENGELLENMESİNE İLİŞKİN 9. MADDESİNİN İPTALİ VE ÖNERİLER*

*Annulment of Article 9 of Law No. 5651 on Blocking Access
to the Internet Addresses and Recommendations*

İsmail DEMEZ**

Özet

İnternet ortamında gerçekleşen kişilik hakları ihlalinin bertaraf edilebilmesi için 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılması yöntemi düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme yıllardan beri tartışmalara neden olmaktadır. Tartışmanın bir tarafında kişilik hakkı ihlal edilip bu ihlalin derhal sonlandırılmasını isteyenler diğer tarafında ise ifade özgürlüğünün savunma alınmaksızın sınırlandırılmasına karşı çıkanlar yer almaktadır. İnternetin doğası gereği sahip olduğu zorluklar ise süregelen tartışmaların bitmesine engel olmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu konuda adil bir denge kurmak için bazı içtihatlarla bulunsa da bu içtihatlar uygulamada karşılık bulmamıştır. Nihayet, Anayasa Mahkemesi yaşanan sorunun 5651 sayılı Kanun'un yapısından kaynaklandığını belirterek söz konusu Kanun'un 9. maddesinin iptaline karar vermiştir. Yaşanan tartışmalara son verebilmek adına ortaya çıkan boşluğun doldurulması fırsatının iyi değerlendirilmesi ve sorun değil çözüm üreten bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu çalışmada, yapılacak veya yapılması gereken yeni düzenlemeye ilişkin bazı öneriler ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, Kişilik Haklarının İhlali, İnternet Erişiminin Engellenmesi, İçeriğin Çıkarılması

Abstract

The legal measure of blocking access to or removing content from websites is implemented by the government under Article 9 of Law No. 5651 to eliminate the violation of personal rights through the Internet. Yet, the regulation is controversial for years. On one side of the debate, there are persons whose personal rights are being violated through the illegal publication of personal information and who want the violation to be terminated immediately. On the other side is those who oppose the restriction of freedom of expression without any chance of defence. The inherent difficulties of the Internet prevent the ongoing debates from coming to an end. Although the Constitutional Court has made many decisions in order to establish a fair balance in this regard,

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

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.07.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024*

* Bu çalışma Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Kıta Avrupasında İdare Hukuku dersi kapsamında hazırlanan "Anayasa Mahkemesi'nin 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesinin İptali Kararı Üzerine Öneriler" başlıklı ödevden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, ismaildemez@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0927-9987>.



they have not been followed by lower courts in practice. Eventually, the Constitutional Court stated that the problem arose from the structure of Law No. 5651 and abrogated the Article 9 of the Law. In order to put an end to the current debates, it is necessary to make good use of the opportunity to fill the legal gap that has arisen by the nullification and to make a regulation that produces solutions rather than problems. In this study, some suggestions regarding a possible new regulation have been made.

Key Words: Article 9 of Law No. 5651, Violation of Personal Rights, Blocking Internet Access, Removal of Content

GİRİŞ

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kişilik haklarının ihlali nedeniyle internet sitelerine erişimin engellenmesini ve içeriğin yayından çıkarılmasını düzenlemekteydi. İnternet ortamında gerçekleşen kişilik hakları ihlallerini gidermede aktif olarak kullanılan bu usul, yargılamaya ilişkin birtakım güvenceleri içermediği için eleştirilmekteydi. Aynı zamanda Anayasa Mahkemesi de bu usulün ifade ve basın özgürlüğünü sınırlamada yeterli güvenceleri sağlamadığını ifade etmekteydi. Anayasa Mahkemesi ilk dönemki kararlarında anayasal sınırlamaya uygun olabilmesi için bu usulün yalnızca ilk bakışta anlaşılacak kadar açık olan ihlal durumlarında, istisnaen kullanılması gerektiğini belirtmekteydi. Daha sonraları Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili bir pilot karar vermiş ve verdiği pilot kararda bu usulün yapısal sorunlar içerdiğini tespit ederek yasama organı tarafından bu usule ilişkin bazı düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtmişti. Ancak yasama organınca bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi bu usule ilişkin bireysel başvuru sayısı da oldukça artmaya başlamıştı. Anayasa Mahkemesi de nihayetinde söz konusu usulün anayasaya aykırı olması gerekçesiyle iptaline karar verdi. Söz konusu iptal kararı 10/10/2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Bu çalışmada 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usul kısaca açıklanacak, söz konusu usulün iptaline giden süreçteki Anayasa Mahkemesi'nin önemli bazı kararlarına değinilecek ve yapılacak yeni düzenlemeye ilişkin birtakım önerilerde bulunulacaktır.

I. 5651 SAYILI KANUN'UN 9. MADDESİNDE DÜZENLENEN ERİŞİMİN ENGELLENMESİ USULÜ

Kısaca erişimin engellenmesi olarak zikrettiğimiz internet adreslerine erişimin engellenmesi, kamu düzenini sağlamak, suçlarla mücadele etmek veya kişilerin haklarını korumak gibi amaçlarla çeşitli yöntemler kullanmak suretiyle internet ortamındaki hukuka aykırı içeriklere doğrudan ulaşılmasının zorlaştırılması veya kısıtlanması olarak tanımlanabilir. İçeriğin yayından çıkarılması ise internet ortamındaki içeriklerin, içerik veya yer sağlayıcılar tarafından sunuculardan çıkarılması suretiyle yayından kaldırılması olarak tarif edilebilir.

Ülkemizde internet sitelerine erişimin engellenmesi ve içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin hükümlerin düzenlendiği temel norm, 04/05/2007 tarihli ve 5651

sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'dur (5651 sayılı Kanun). 5651 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde söz konusu Kanun'un aileyi, çocukları ve gençleri internet dâhil elektronik iletişim araçlarının suistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri gibi kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir.¹

5651 sayılı Kanun'da erişimin engellenmesine ilişkin hükümler sebeplerine göre 8, 8/A, 9 ve 9/A maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Çalışma konumuzun kapsamına giren 9. maddede kişilik haklarının ihlali nedeniyle internet sitelerine erişimin engellenmesi ve içeriğin yayından çıkarılması düzenlenmekteydi.

Kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi usulü 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 2007 yılında mevzuatımıza girmiş, 2014 yılında yapılan köklü değişiklik ile yeniden düzenlenmişti. 2020 yılında yapılan değişiklikler ile erişimin engellenmesi kararının yanı sıra içeriğin yayından çıkarılması kararı ve unutulma hakkının bir yansıması olan, adın ilişkilendirilmemesi kararı verilebilmesi mümkün kılınmıştı. Söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verdiği sıradaki haline kısaca değinmek gerekir.²

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine³ göre internet ortamında yayınlanan içerik sebebiyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişiler ile

¹ Kanun tasarısı ve genel gerekçe için bkz: <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1305.pdf>, son erişim 12/07/2024.

² 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulün iptal edilmeden önceki haline ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: İsmail Demez, *Kişilik Hakları İhlalinde İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İçeriğin Yayından Çıkarılması* (Adalet Yayınevi 2023) 59–158.

³ 5651 sayılı Kanun MADDE 9- (Değişik: 6/2/2014-6518/93 md.):

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar; içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.



kurum ve kuruluşlar, öncelikle içerik sağlayıcısına, buna ulaşılamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyar-kaldır yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilirlerdi. Bu kişilerin taleplerinin, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç 24 saat içinde cevaplandırılması gerekirdi. Söz konusu kişiler uyar-kaldır yoluna başvurmadan doğrudan sulh ceza hâkimine⁴ başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini isteyebilirlerdi. Bu durumda ise hâkimin söz konusu başvuruyu en geç 24 saat içinde duruşma yapmaksızın ve karşı tarafın savunmasını almaksızın karara bağlaması gerekirdi.

Hakim, kural olarak URL adresine erişimin engellenmesine karar verebilirdi ancak URL adresine erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin giderilemeyeceği anlaşılırsa gerekçesini de belirtmek suretiyle alan adına (internet sitesinin tamamına) erişimin engellenmesi kararı da verebilirdi. IP adresine erişimin engellenmesi ise neredeyse hiç kullanılmayan bir yöntemdi.

Sulh ceza hâkiminin verdiği karara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu m.268 hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilirdi. İçerik veya yer sağlayıcılar itiraz aşamasında savunmalarını sunma imkanı elde edebilirdi ancak bu savunmanın yazılı olması gerekirdi, sözlü savunma yapılamazdı. Yetkili olan sulh ceza hakimliğinin itiraz üzerine verdiği karar kesin olup bu karara karşı istinaf yolu bulunmamaktaydı. İtiraz merciinin karar verme süresine ilişkin ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) (Değişik:29/7/2020-7253/5 md.) Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (...) [37] başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır. (Ek cümleler:13/10/2022-7418/33 md.) Müracaatın Birlik tarafından kabulüne karşı itiraz, kararı veren hâkimliğe yapılır. İnternet sitesindeki yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararlarında bu fıkra hükmü uygulanmaz.

(10) (Ek:29/7/2020-7253/5 md.) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir.

(11) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

⁴ Söz konusu hükümde yer bakımından yetkili olan sulh ceza hakimliği açıkça belirtilmemiştir. Bu durum yetkili hakimliğin belirlenmesi açısından birçok soruna neden olmuştur. Bu hususa dair geniş açıklamalar için bkz: İsmail Demez, 'Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğin Yayından Çıkarılmasında Görev ve Yetki Sorunu' (2021) 3 Bilişim Hukuku Dergisi 338, 405-414.

Verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılması kararları Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB) gönderilirdi. Bu konuda bir koordinasyon görevine sahip olan ESB, erişimin engellenmesi kararlarını uygulanmak üzere Türkiye’de hizmet verebilen tüm erişim sağlayıcılara gönderirdi. Erişim sağlayıcıların her biri kendi sisteminden ilgili içeriğe erişimin engellenmesi işlemini gerçekleştirirdi. Erişimin engellenmesiyle ilgili içeriğe yalnızca Türkiye sınırları içinden doğrudan ulaşılması engellenmiş olurdu. Ancak erişimin engellenmesi yalnızca “http” protokolüne sahip adresler için gerçekleştirilebilmekte, “https” protokolüne sahip adreslere teknik olarak erişimin engellenmesi gerçekleştirilememekteydi.

ESB, içeriğin yayından çıkarılması kararlarını ise kararda yer alan içeriği sağlayan içerik sağlayıcıya/sağlayıcılara gönderirdi. İlgili içerik sağlayıcı(lar), kararda yer alan içeriği yayından çıkarır(lar)dı. Ancak ESB’nin bu kararı içerik sağlayıcıya gönderebilmesi için ilgili içerik sağlayıcının iletişim bilgilerine ulaşması gerekirdi. İletişim adresi tespit edilemez ise karar içerik sağlayıcıya gönderilemez ve karar yerine getirilemezdi. Erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararlarının yerine getirilmemesi ise yaptırıma bağlanmıştı.

5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde öngörülen usule kısaca değindikten sonra söz konusu düzenlemenin iptaline giden süreçteki Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarını ele almak yararlı olacaktır.

II. 5651 SAYILI KANUN’UN 9. MADDESİNİN İPTALİNE GİDEN SÜREÇ

Anayasa Mahkemesi’nin 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesine ilişkin birçok kararı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki ilk kararları, bu usulün doğrudan anayasaya aykırı olmadığı, usulün çatışan haklar arasında denge kurularak uygulanmasıyla anayasaya uygun bir usul olacağı yönündeydi. Ancak söz konusu usule ilişkin olarak artan bireysel başvurular nedeniyle Anayasa Mahkemesi, bu usulün yapısal sorunlar içerdiğine ve bu sorunun düzeltilmesi gerektiğine dair bir pilot karar verdi. Buna rağmen yasama organınca herhangi bir düzenleme yapılmayınca nihayetinde Anayasa Mahkemesi söz konusu usulün iptaline karar verdi. Bu başlık altında, özetlediğimiz bu süreci önemli gördüğümüz bazı kararlar ışığında biraz daha detaylandıracağız.

A. Ali Kılık Kararı

5651 sayılı Kanun’a ilişkin Anayasa Mahkemesi’ne çok sayıda bireysel başvuru yapılmıştır. Bir kısmı birleştirilerek karar verilmek suretiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 24/07/2024 tarihi itibarıyla 50 adet bireysel başvuru kararı verilmiştir. Bu kararlardan 34’ü 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesine ilişkindir. Verilen kararların ilki Yaman Akdeniz ve Diğerleri kararıdır.⁵ Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı

⁵ AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014.



Kanun'un 9. maddesinde öngörülen usule ilişkin belirleyici tespitleri içeren ilk içtihadını ise Ali Kıdık kararıyla 2017 yılında vermiştir.⁶ Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün yalnızca ilk bakışta ihlalin anlaşıldığı durumlarda uygulanabilecek istisnai bir yol olduğu içtihadında bulunmuştur. Sonraki tarihli 17 kararında da söz konusu erişimin engellenmesi usulünde ilk bakışta ihlal kriterinin uygulanması gerektiğine yönelik içtihadını sürdürmüştür.⁷

Anayasa Mahkemesi Ali Kıdık kararında; 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen usulde sulh ceza hâkiminin duruşma yapmaksızın, karşı tarafı dinlemeksizin, delil toplamaksızın, talepte bulunan tarafından kendisine sunulan delillerle sınırlı bir inceleme sonunda, 24 saat içinde erişimin engellenmesine karar vereceğinden dolayı, bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda istisnai olarak işletilebileceğini belirtmiştir. Kararda, ilk bakışta ihlalden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ise bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabilirdiği hâller örnek olarak sayılmıştır.⁸

Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta ihlal olduğunun anlaşılmadığı durumlarda ise cezai veya hukuki koruma yollarına başvurularak ihlalin giderilebileceğini belirtmiştir. Hukuki koruma yolu olarak Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine dayanılarak müdahalenin önlenmesi, durdurulması veya müdahaleye son verilmesi, müdahalenin hukuka aykırılığının tespiti, mahkemenin

⁶ AYM, Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 62-67.

⁷ AYM, C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018. ; Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018. ; Miyase İlknur ve Diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018. ; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018. ; A.A., B. No: 2014/7244, 12/9/2018 ; Özgen Acar ve Diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018. ; Ips İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018; Ips İletişim Vakfı (2), B. No: 2015/15873, 7/3/2019. ; Barış Yarkadaş, B. No: 2015/4821, 17/4/2019.; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (3), B. No: 2015/16499, 3/7/2019. ; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim-Sen), B. No: 2015/11131, 4/7/2019. ; Kemalettin Bulamacı, B. No: 2016/14830, 4/7/2019. ; Kemal Gözler (2), B. No: 2015/5612, 10/12/2019. ; Aykut Küçükkaya, B. No: 2014/15916, 9/1/2020. ; Medeni Özer, B. No: 2017/15421, 30/9/2020. ; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021. ; İ.D. ve Diğerleri [GK], B. No: 2016/14513, 28/12/2022.

⁸ Esasen Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bu örnek, kararda da atfı yapıldığı üzere, anılan usulde ilk bakışta ihlal kriterinin uygulanması gerektiğini ilk kez öne süren Gözler'in verdiği bir örnektir. Karşı tarafı dinlemeden hâkimin 24 saat içinde verdiği kararlar bir kişinin ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırılığını belirten Gözler, 5651 sayılı Kanun 9. maddesinde öngörülen usulün her durumda değil sadece "prima facie ihlal"(ilk bakışta ihlal) hâllerinde uygulanması durumunda, söz konusu Anayasa'ya aykırılığın ortadan kalkacağını ve bu usulün, kişilik haklarının korunmasına hizmet eden bir tedbir hâline gelerek kişilik hakları ile ifade hürriyeti arasında adil bir dengenin sağlanmış olacağını ifade etmiştir. Bkz: Kemal Gözler, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi' (2014) 1 Legal Hukuk Dergisi 1059, 1071–1072.

alacağı kararın veya cevap ve düzeltme metninin yayımlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesinin istenebileceğini, maddi veya manevi tazminat davaları açılabileceğini, gecikmesinde sakınca bulunan ve ciddi bir zararın doğacağı anlaşılan hâllerde tehlike veya zararın önlenmesi için hâkimden ihtiyati tedbir kararı vermesinin istenebileceğini belirtmiştir.⁹ Cezai koruma yolu olarak ise internet yolu ile kişilik haklarına yönelik bir saldırı ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ise müştekinin yalnızca veya aynı zamanda failin cezalandırılmasını da isteyebileceğini ve bu durumda bir ceza kovuşturması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde güvenlik tedbirlerine de hükmedileceği için internet erişiminin engellenmesi tedbiri hakkında da bir karar verilmiş olacağını belirtmiştir.¹⁰

B. Anayasa Mahkemesi'nin Konuyla İlgili Pilot Kararı

Pilot Karar, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75. maddesinde¹¹ düzenlenmiş bir yöntemdir. Artan başvuruları hızlı bir şekilde gidermek için getirilen pilot karar usulü, yapısal bir sorunun fazla sayıda başvuruya sebep olduğunun ya da olacağının öngörülmesi hâlinde, aynı kök nedenden kaynaklanan davalardan birinin, benzerlerini kapsayacak şekilde genel ve ortak çözüm için seçilerek çözüme ulaştırılması yöntemidir.¹² Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin de yapısal sorunlar içerdiği kanaatine vararak bu konuyla ilgili pilot karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine ilişkin belirleyici içtihadını ortaya koymasına rağmen söz konusu Kanun kapsamında yapılan başvuru

⁹ AYM, Ali Kızık Kararı § 64.

¹⁰ AYM, Ali Kızık Kararı § 65. Anayasa Mahkemesi başvurulabilecek hukuki ve cezai yolları belirlenen şekilde zikretmiş olsa da bu bilgi bazı eksiklikler içermekteydi. Zira aşağıda değinileceği üzere uygulamada, TMK m.24-25 hükümlerine göre başvurulacak hukuk yolu Yargıtay içtihadıyla kapatılmıştı. Cezai yolda ise kişilik hakları ihlalinde koruma tedbiri veya güvenlik tedbiri olarak verilebilecek genel bir erişimin engellenmesi yöntemi bulunmamaktaydı.

¹¹ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü Madde 75: “(1) Bölümler; bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır. (2) Bölüm, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının ya da başvuruğunun istemi üzerine başlatabilir. (3) Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır. (4) Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümünü için alınması gereken tedbirleri belirtir. (5) Bölüm pilot kararlarla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir.”

¹² Çolpan Mücahit Küçük, ‘İdari Yargıda Kanun Yollarındaki İçtihat Farklılıklarının Hukuki Güvenlik İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2023) 72 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 343, 361; İsmail Köküsü, ‘Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması’ (2019) XXIII Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181, 182; Abdil Cihançir, ‘Pilot Karar Uygulamasına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Genel Bakış’ [2022] İnsan Hakları Dergisi 35, 35.



sayısının oldukça artması nedeniyle konuyla ilgili bir pilot karar¹³ vermiştir. Bu pilot kararda 9 adet bireysel başvuru hukuki irtibat nedeniyle bir dosyada birleştirilmek suretiyle inceleme yapılmıştır. Birinci Bölüm tarafından niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülerek bu başvurunun Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, kanunilik koşulu açısından söz konusu maddenin hukuki güvenlik ve belirlilik ölçütlerini taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirttikten sonra Kanun'un amaç ve kapsam kısmı ile 9. maddedeki usulün uyuşmadığını, bu usulün kullanılabilmesi için kişilik haklarına yönelen haksız fiilin ağırlığının ulaşması gereken boyutuna ilişkin eşik değer de belirlenmediğini, Kanun'un genel gerekçesi ile Kanun'un kapsamını düzenleyen 1. madde nazara alındığında, bu Kanun ile getirilen tüm erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması usullerinin bir tedbir niteliğinde olduğu izleniminin oluştuğunu, ancak erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararının ardından şikâyet konusu içeriği yayınlayanlar hakkında herhangi bir ceza soruşturması açılmasının öngörülmediğini, erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılmasını isteyen kişilere de sorumlulara karşı hukuki veya cezai yollara başvurma yükümlülüğünün yüklenmediğini, bu nedenle bu usulün tedbir niteliğinde olmayıp hukuk sisteminde var olan yargılama usullerinden bağımsız nitelikte, esasa ilişkin bir yargılamayı gerektiren, kendine has özellikleri bulunan ve şekli yönden kesin hüküm oluşturan özerk bir usul olarak tasarlandığını belirtmiştir. Sayılan bu nedenlerden dolayı ise Kanun'un 9. maddesindeki usul ile ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığı ve yapılan sınırlamanın kapsamının, amacının ve sınırlama aracının hukuki niteliğinin müdahalenin kanuniliği açısından birtakım tereddütlere yol açtığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.¹⁴

Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük koşuluna ilişkin yapılan değerlendirmede ise 9. maddede belirtilen usulün ancak ilk bakışta ihlal durumunda uygulanabilecek bir usul olduğu tekrarlanmıştır. Ayrıca sulh ceza hâkimliklerinin verdiği erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarının hiçbirinde ihlalin çelişmeli bir yargılama yapılmaksızın süratle giderilmesi ihtiyacının ortaya konulmadığı, hâkimliklerce verilen kararlarda çatışan haklar arasında adil bir dengenin gözetilmediği, gerekçeli kararlarda somut olayın koşullarından bağımsız ve genel ifadeler kullanılması nedeniyle şikâyet konusu internet yayınlarının kişilik haklarını ilk bakışta anlaşılabilir ve apaçık bir şekilde ihlal etmiş olduğunun nasıl tespit edildiğinin anlaşılmadığı belirtilmiştir. Benzer durumun bu kararlara itiraz üzerine verilen kararlarda da görüldüğü tespit edilmiştir. Somut uyuşmazlıklar açısından ilgili ve yeterli gerekçe olmadan tedbir mahiyetinde alınan bu tür kararların süresiz etki göstermesi nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin orantılı olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁵

¹³ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, B. No. 2018/14884, 27/10/2021.

¹⁴ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, § 92-102.

¹⁵ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, § 109-119.

İhlalin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinden kaynaklandığına ilişkin yapılan değerlendirmelerde ise; Anayasa Mahkemesi içtihadı ile ortaya konulan ilkelerin takip edilmediği, şekli yönden kesin hükmün bütün sonuçlarını doğuran ve süresiz etki gösteren bir kuralın keyfi ve orantısız müdahalelere karşı mutlaka koruyucu birtakım güvenceler içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Yayın organı ve sorumluların aleyhlerine açılmış olan davaya cevap verme konusunda güçlüklerle karşı karşıya bırakılmasının ve başvuruçulara iddialarını gerekçelendirebilecek bir savunma yapma imkânı verilmemesinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlaline yol açacağı, bu yönüyle söz konusu usulün yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerini barındırmadığı belirtilmiştir.¹⁶

Ayrıca, bireyin kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngörülmüş bir yolun birtakım usule ilişkin güvenceleri ilk anda sağlamamasının makul kabul edilebileceği ancak bu yola başvurulması ile ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulan karşı tarafın hakkına halel gelmemesi için söz konusu eksikliklerin yargılama sürecinin sonraki aşamalarında mutlaka telafi edilmesi gerektiği, bunun için ise sıkı ve etkili bir denetim mekanizmasının şart olduğu belirtilmiştir.¹⁷ 9. madde usulünde ise itiraz makamına ilk derece yargılamasında sağlanamayan usulî güvencelerin eksikliklerini giderecek türden bir inceleme yapma görevi yüklenmediğinden, bu usulün tarafların yargılamaya aktif olarak katılabilecekleri çelişmeli bir yargılama sunamadığı belirtilmiştir.¹⁸

Anayasa Mahkemesi yapılan bu değerlendirmeler çerçevesinde, 9. madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarındaki sistematik sorunun doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı ve benzeri yeni ihlallerin önlenmesi için söz konusu usulün yeniden düzenlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu noktada takdirin yasama organında olduğunu belirttikten sonra yasama organınca yapılacak yeni kanuni düzenlemenin hak ihlallerine sebebiyet vermeyecek tarzda olabilmesi için olması gereken asgari standartlara ilişkin önerilerde bulunmuştur.¹⁹ Bu önerilere kısaca değinmek gerekmektedir.

9. maddedeki erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması usulünün kapsamı ve hukuki niteliği yeterli açıklıkta ve netlikte olacak şekilde yeniden düzenlenerek anılan usul, Kanun'un amaç ve kapsamını belirleyen 1. madde ile uyumlu hale getirilmelidir. 9. maddedeki usulün kapsamı, olabildiğince dar bir uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanmalı ve bu usulün kullanımı acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olmalıdır. Getirilecek hükümlerde orantısız ve keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesi için erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararının zorunlu ya da istisnai bir tedbir, bu yolun başvurulabilecek

¹⁶ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, § 120-124.

¹⁷ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, § 125.

¹⁸ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, § 130.

¹⁹ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, § 137.



en son çare ya da alınabilecek en son önlem olduğu belirtilmelidir. Bu çerçevede 9. maddenin kişilik haklarının korunmasına yönelik sunduğu korumanın sınırları netleştirilmeli ve erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması usulünün kullanılabilceği durumlara ilişkin haksız fiilin ulaşması gereken ağırlığın boyutuna ilişkin bir ölçüt/eşik değer belirlenmesi gibi kriterler oluşturulmalıdır. Yapılacak düzenlemede internete erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması tedbirine başvurmadan önce etki değerlendirmesi yapılması, internet içeriğine gecikilmeksizin erişimin engellenmesinin haklı çıkarılması, kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin sağlanması yükümlülüğü getirilmeli, erişimin engellenmesi yöntemi dışında alternatif araçlara yer verilmelidir.

Öte yandan, erişimin engellenmesi kararından etkilenenlerin bu karara itiraz etmeleri halinde delil sunarak savunma yapabilecekleri, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama hakkına sahip olabilecekleri bir mekanizma önerilmiştir. Ancak bu durumda uyumsuzluğun esası hakkında ilk defa bir karar verileceği için bu karara karşı istinaf ve/veya temyiz gibi etkili bir denetim mekanizması da oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi nihai aşamada söz konusu bireysel başvuruların sonucunda ifade ve basın özgürlüklerinin ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, ihlaller yapısal sorundan kaynaklandığından pilot karar usulünün uygulanmasına, yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine²⁰, aynı konuda yapılan ve karardan sonra yapılacak başvuruların incelenmesinin kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren 1 yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir.

C. Abdullah Kaya ve Diğerleri Kararı

Abdullah Kaya ve Diğerleri kararı, 205 adet bireysel başvuru dosyası, aralarındaki konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2016/1430 numaralı²¹ bireysel başvuru dosyası ile birleştirilerek incelenmiştir.

Bu kararda, daha önce verilen pilot kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasının üzerinden 1 yıl geçmesine rağmen 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde öngörülen usulde, anılan kararda belirlenen ve sağlanması gerektiği ifade edilen değişikliklerin yasama organınca gerçekleştirilmediği ve sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlarda da Anayasa Mahkemesi’nin tespit ettiği hukuka aykırılıkları giderme

²⁰ Anayasa Mahkemesi tarafından kararın TBMM’ye bildirilmesine yönelik verilen kararların bir yargısal aktivizm niteliğinde olmadığına ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediğine dair bkz: Abbas Kılıç, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi’ (2021) 38 Anayasa Yargısı 85, 118–122.

²¹ Bu karardaki başvuru numarasının 2016 tarihli olması dikkat çekicidir. Birleştirilen başvurulardan 32’sinin esas numarası 2016 tarihli, 35’ininki 2017 tarihli, 37’sininki 2018 tarihli, 56’sınunki 2019 tarihli, 47’sininki 2020 tarihli, 104’ünunki 2021 tarihli, 128’ininki 2022, 49’ununki 2023 tarihlidir. Başvuru sayısının çok fazla olması, temel hakları koruma görevi üstelenen Anayasa Mahkemesi’nin makul sürede yargılama yapmayarak temel hakları ihlal etmesine neden olmaktadır.

yönünde bir gelişme olmadığı belirtilerek başvuruya konu müdahalelerin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşılmıştır.²²

Ayrıca, başvurulara konu olaylarda başvurucuların itiraz yoluna başvurmalarına rağmen itiraz makamlarının gerekçeli kararlarında başvurucuların iddialarını ve delillerini dikkate almadan, çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir çaba göstermeden ve yeterli gerekçe belirtmeden reddetmesi göz önüne alınarak öngörülen sistemin etkili başvuru hakkı yönünden de yapısal bir sorun içerdiği sonucuna varılmıştır.²³

Sonuç olarak ise Anayasa Mahkemesi 9. madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarının Anayasa'ya aykırı olduğunu ve hakimliklerin yeniden yargılama sırasında bu hükmün anayasaya aykırılığı yönünde Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusunda bulunması gerektiğini belirterek hakimliklerin somut norm denetimi yoluna başvurmalarına dair yol göstermiştir.²⁴

Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kararın muhatabı olan hakimliklerin somut norm denetimi yoluna başvurmasından daha önce Tavşanlı Sulh Ceza Hakimliği tarafından yapılan bir itiraz başvurusunu ele alarak 9. maddenin iptaline yönelik karar vermiştir.

D. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesinin verdiği pilot karardan sonra 7418 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'da bazı değişiklikler yapılmıştır ancak yapılan bu değişiklik ile söz konusu pilot kararda belirtilen hususlarla ilgili olmayan hükümler düzenlenmiştir. Bu duruma 7418 sayılı Kanuna ilişkin komisyon raporlarında da değinilmiştir.²⁵ TBMM Anayasa Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde düzenleme yapma imkanı elde etmesine rağmen düzenleme yapmayı tercih etmemiştir.²⁶

²² AYM, Abdullah Kaya ve Diğerleri, B. No: 2016/1430, 22/11/2023, §17-19.

²³ AYM, Abdullah Kaya ve Diğerleri, B. No: 2016/1430, 22/11/2023, §28.

²⁴ AYM, Abdullah Kaya ve Diğerleri, B. No: 2016/1430, 22/11/2023, § 31-32.; Anayasa Mahkemesi 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarının da Anayasa'ya aykırı olduğunu ve hakimliğin yeniden yargılama sırasında bu hükmün anayasaya aykırılığı yönünde Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulması veya Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınarak uyumsuzluğun çözülmesi gerektiğine yönelik karar vermiştir. AYM, Artı Media Gmbh [GK], B. No: 2019/40078, 14/9/2023, §61; AYM, Ahmet Alphan Sabancı ve Diğerleri, B. No: 2015/13667, 21/11/2023, §18.

²⁵ "...Anayasa Mahkemesi, erişim engellenmesi kararına yönelik olarak 5651 sayılı Kanunun "İçeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9'uncu maddesinin değiştirilmesi gerektiğine hükmetmiş ve kararını Türkiye Büyük Millet Meclisine göndermiş bulunmaktadır: Kararın gerekleri yerine getirilmesi gerekirken göz ardı edilmesi, Anayasanın 2,11 ve 153'üncü maddelerine aykırılık oluşturmaktadır..." 7418 sayılı Kanuna ilişkin Adalet Komisyonu Raporu, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y5/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/3abf921a-06e2-4d86-8637-4b9b-d18f45ef.pdf>, s.77, erişim tarihi 03/07/2024.

²⁶ Servet Alyanak ve Burcu Bozkurt Cengiz, 'Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi' [2023] Yasama Dergisi 117, 137.



Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine yönelik Anayasa'ya aykırılık tespitinde bulunmasından ve birçok ihlal kararı vermesinden sonra yasama organınca herhangi bir düzenleme yapılmaması ve yargı organlarınca da Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen kriterlerin uygulanmaması nedeniyle nihayet söz konusu maddenin iptaline karar vermiştir.²⁷ Söz konusu karar, biri somut norm denetimi diğeri soyut norm denetimi başvurusu olmak üzere 2 ayrı başvurunun birleştirilmesi sonucunda verilmiştir. Soyut norm denetimi başvurusunda 29/07/2020 tarihli ve 7253 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'da yapılan bazı değişikliklerin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptalleri talep edilmiştir. Tavşanlı Sulh Ceza Hakimliği tarafından yapılan somut norm denetimi başvurusunda ise 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptalleri talep edilmiştir. Bahsi geçen iki başvuru arasında bulunan hukuki irtibat nedeniyle bu başvuruların birleştirilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu kararda, yukarıda değindiğimiz pilot kararda ve diğer kararlarda ifade edilen 9. madde usulündeki eksiklikler tekrar edilerek 9. maddenin 1. ve 3. fıkralarının iptaline karar verilmiş, 6216 sayılı Kanun'un 43/4 hükmü gereğince, söz konusu fıkralarının iptalleri nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan maddenin kalan kısmının da iptaline karar verilmiştir. Fakat söz konusu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. 10/01/2024 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan söz konusu karar 10/10/2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Söz konusu iptal kararının gerekçesi, önceden verilen pilot kararda belirtilen tespitlerin ve gerekçelerin tekrarından ibarettir. Söz konusu tespit ve gerekçelere yukarıda değinildiği için tekrara düşmemek adına doğrudan kararın ve sürecin değerlendirilmesine geçilecektir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

İptaline karar verilen usulde, internet ortamının teknik yapısı ve özel durumu kanun koyucuyu, yargılamaya ilişkin bazı güvencelerden feragat etmeye sevk etmişti. Kanun koyucunun bu tercihinin ise Anayasa'ya uygun olup olmadığını ve Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının isabetli olup olmadığını değerlendirebilmek için internet erişiminin engellenmesi ile ifade özgürlüğü, haber alma özgürlüğü ve basın yayın özgürlüğü arasındaki bağlantıyı ve internetin doğasından kaynaklanan sorunları göz önüne alarak söz konusu usulün adil yargılanma hakkıyla olan ilintisini irdelemek gerekir.

İfade özgürlüğünün düşüncelere ve bilgilere ulaşma, düşüncelerden ötürü kınanma, düşüncelerini açıklama, yayma, başkalarına aşılama gibi üç temel unsurdan

²⁷ AYM, E. 2020/76, K. 2023/172, 11/10/2023.

oluştugu belirtilmektedir.²⁸ Bir diğer ifadeyle ifade özgürlüğünün, bilgi edinme ve düşünme hürriyeti, bir görüşe sahip olma (kanaat, düşünce) hürriyeti ve düşünceyi açıklama hürriyeti olarak 3 temel unsuru olduğu söylenebilir.²⁹ Anayasa Mahkemesi de bir kararında ifade özgürlüğünü, “kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi” şeklinde tanımlayarak bahsi geçen 3 unsuru teyit etmiştir.³⁰

İfade özgürlüğüyle düşüncelerin açıklanması korunduğuna göre düşüncelerin açıklanma ve aktarılma vasıtalarının da korunması gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında şöyle belirtilmiştir: “Anayasa’da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar ‘söz, yazı, resim veya başka yollar’ olarak ifade edilmiş ve ‘başka yollar’ ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.”³¹ Bu açıdan düşüncelerin ifade edilebileceği internet ve basın yayın organları da koruma kapsamında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, “haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören internetin Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altında olduğunu” kabul etmektedir.³² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir kararında da internetin ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir platform olduğu belirtilmiştir.³³ Doktrinde, ifade özgürlüğünün zamanla internet özgürlüğüyle eşdeğer görülmeye başladığı ifade edilmektedir.³⁴ Netice olarak internette de ifade özgürlüğünün korunması gerektiği açıktır.

Şunu da belirtmek gerekir ki internet erişiminin henüz müstakil bir insan hakkı veya temel hak niteliğinde görülmemesi³⁵ nedeniyle internete yapılacak müdahalelerde, kullanılmasını internetin kolaylaştırdığı temel hakların veya insan haklarının ihlal edilip edilmediği değerlendirme konusu olmaktadır. Bu nedenle internete erişimin engellenmesi/içeriğin yayından çıkarılması durumunda, internete erişim

²⁸ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* (5. Baskı, Seçkin Hukuk 2017) 494.

²⁹ Ahmet Bahçe ve Abdullah Demir, ‘İfade Özgürlüğünün Teorik Boyutu ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü’ (2017) 4 Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 41, 45–46.

³⁰ AYM, Ergün Poyraz, B. No: 2013/8503, 27/10/2015, §34.

³¹ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §43.

³² AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §33.

³³ AİHM, Delfi AS v. Estonya, Başvuru No: 64569/09, 16/06/2015, par.10. çev. Mehmet Bedii Kaya, *İnternet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 258.

³⁴ Hayrettin Kurt, ‘Erişim Engellemeden Demokratik Toplum Ya Da Kamu Düzenine Eleştirel Bir Bakış’ (2021) 148 Adalet Dergisi 151, 154.

³⁵ Oreste Pollicino, ‘The Right to Internet Access Quid Iuris?’ [2020] The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric 263, 265.



hakkının ihlal edilip edilmediği değil başta ifade özgürlüğü olmak üzere basın-yayın özgürlüğü gibi kullanılmasını internetin kolaylaştırdığı hakların ihlal edilip edilmediği değerlendirme konusu olmaktadır.

İfade özgürlüğünün ve basın-yayın özgürlüğünün korunması esas olmakla birlikte bu özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Zira bu haklar mutlak hak niteliğinde değildir. Özellikle de suç unsuru içeren veya şeref ve itibar hakkı gibi diğer temel hakları ihlal edici nitelikte olan hukuka aykırı veya zararlı içeriklere karşı ifade ve basın-yayın özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Örneğin kişilik haklarını ihlal edecek bir yayın yapıldığında kişilik hakları ile ifade özgürlüğü çatışır. Bu durumda iki hak arasında bir dengeleme yapılması gerekir. Bu dengeleme sonucunda kişilik hakkı ağır basacak olursa ifade özgürlüğü sınırlandırılacaktır.

İnternet erişiminin engellenmesi konusuna kişilik hakları ihlal edilen kişiler açısından bakıldığında, bu kişilerin internet ortamındaki kişilik hakkı ihlallerinin daha da büyümeden derhal sonlandırılması, şeref ve itibar haklarının korunması gerekmektedir. İçerik sağlayıcılar açısından bakıldığında, basın yayın faaliyeti gösteren içerik sağlayıcıların basın hürriyetlerinin; basın yayın faaliyeti göstermeyen diğer içerik sağlayıcıların da ifade hürriyetlerinin korunması gerekmektedir. Bunların yanında toplumun haber alma hakkının da korunması gerekmektedir. Bu konuda somut uyuşmazlığa göre uyuşmazlığın taraflarının çatışan menfaatlerinden birisine öncelik vermeyi tercih etmek bir zorunluluktur. Başka bir deyişle ifade özgürlüğü, basın yayın özgürlüğü veya haber alma özgürlüğü ile kişinin şeref ve itibar hakkının birlikte değerlendirilmesi, bir tarafta meydana gelen fayda ile diğer tarafta doğacak zarar arasında denge kurulması gerekmektedir. İfade özgürlüğü veya basın yayın özgürlüğünün sınırlandırılması gerektiğinde ise bu sınırlandırılmanın gerçekleştirilmesinde kullanılan usulün adil yargılanma hakkına uygun olması gerekir.

Elbette ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılan usulün hukuka uygun olup olmadığını belirlerken internet ortamının özel durumunu da göz ardı etmemek gerekir. Örneğin, internet ortamının dinamik yapısından dolayı içerik sağlayıcıların savunmasının alınmasını beklerken geçen sürede kişilik hakkı ihlali çok daha fazla büyüyebilecektir. Öte yandan, savunması alınacak içerik sağlayıcıların her zaman tespit edilebilir ve kolay ulaşılabilir durumda olduğunu söylemek çok güçtür. İnternetin anonimliğinden istifade ederek kişilik haklarının ihlaline neden olan içerik sağlayıcılara ulaşmanın güçlüğü bilinen bir gerçektir. Bu nedenle kanun koyucunun ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı 9. madde usulünde, durumun aciliyetine binaen ilk aşamada savunma alınmasına gerek görmemesi kabul edilebilir bir durumdur. Bu açıdan düşünüldüğünde söz konusu usulle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın makul ve hukuka uygun olduğu söylenebilir. Ancak bir maslahata binaen içerik sağlayıcılara başta sağlanamayan etkili bir savunma hakkının sonraki ilk aşamada da sağlanamamasının adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayacağı da ortadadır. Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu usule ilişkin eksikleri ortaya koyarak söz konusu usulün Anayasa'ya uygun hale getirilmesi için farklı içtihatlarda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili verdiği kararlarda çatışan haklar arasında bir denge kurmaya çalışmış, bu kapsamda etkili bir savunma hakkı tanımayan bu usulün yalnızca ilk bakışta ihlal durumlarında uygulanması gerektiğini ısrarla vurgulamıştır. Fakat uygulamada ilk bakışta ihlal kriteri yeterince uygulama alanı bulamamış, verilen kararların çoğunda erişime engellenen içeriklerin ilk bakışta kişilik haklarını ihlal ettiğine dair herhangi bir değerlendirme yapılmadığı gözlemlenmiştir. Bunun üzerine bu konuda artan bireysel başvuruların kanundaki yapısal sorunlardan kaynaklandığına dair pilot karar verilmiş ve bu yapısal sorunlara dair çözüm önerileri sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili verdiği kararlardaki önerilerde özetle, söz konusu usuldeki erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarının mahiyetinin net bir şekilde ortaya konulması, internetin doğasının getirdiği engeller göz ardı edilmeden elverdiği ölçüde çelişmeli yargılama ilkesinin gözetilmesi, uygulanacak tedbirin kademeli müdahaleye elverişli, geçici ve istisnai olması, kararların üst mahkemelerce denetlenebilir olması gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen önerilerinin yargı makamlarınca ne ölçüde dikkate alındığına dair net bir veri bulunmamaktadır. Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların ve Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarının sayıca fazla olması Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen önerilerinin uygulamada dikkate alınmadığı izlenimi oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu husustaki kararlarının hem yargı organlarınca hem yasama organınca dikkate alınmaması üzerine nihayetinde Anayasa'ya aykırılığı giderilemeyen söz konusu Kanun maddesinin iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin sunduğu önerilere, verdiği iptal kararına ve karar gerekçelerine katıldığımızı belirtmek isteriz. Zira gerçekten de ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığı bu usulde bir maslahata binaen ilk aşamada sağlanamayan savunma hakkının sonradan da sağlanamaması çelişmeli yargılama ilkesine uygun düşmemektedir. Her ne kadar içerik sağlayıcıların savunması alınmadan verilen erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarına karşı bir itiraz mekanizması öngörül-müş olsa da itiraz mercii çoğu kez aynı adliye içerisinde yer alan ve aynı seviyedeki bir başka hakimlik olmakta ve yalnızca yazılı bir savunmayla sınırlı kalan bir inceleme yapılmaktaydı. Verilen kararları denetleyecek bir üst makam belirlenmediği için Anayasa Mahkemesi adeta bir temyiz mercii vazifesi görerek kararların itiraz makamı mesabesine gelmişti. Yasama organının konuya ilişkin kayıtsız kalması, yargı makamlarının kararlarında çatışan haklar arasında dengeleme yapma gayretinde olmamaları, gerekçeli karar ilkesine riayet etmeden somut olayın şartlarından bağımsız genel ve şablon ifadelerle erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı vermeleri ve bir noktada yargı makamlarına oldukça geniş bir takdir alanının oluşması söz konusu iptal kararından başka bir çözüm yolu bırakmamıştır.

Burada şu hususa da değinmek gerekir ki sulh ceza hakimliklerinin çatışan haklar arasında dengeleme yapmadan ve gerekçeli karar ilkesine riayet etmeden erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı vermeleri, esasen sulh ceza hakimliklerinin



iş yükünden ve söz konusu kararların 24 saat gibi kısa bir sürede verilme zorunluluğundan da kaynaklanmaktaydı. Zira erişimin engellenmesi kararı vermekle görevli olan sulh ceza hâkimliklerinin, erişimin engellenmesinin yanında tutuklama, tekzip, idari para cezalarına itiraz, koruma tedbiri vb. gibi konularda da ciddi bir iş yükü vardır.³⁶ İş yükünün yanı sıra 24 saatlik kısa bir zaman diliminde bu kararların verilmesi gerektiğinden bu konuda gerekçeli karar ilkesine riayet edilmesi çok da kolay bir iş değildir. Elbette kişilik hakları ihlalinin büyümemesi için kısa zaman dilimi öngörülmesi makuldür ancak böyle kısa bir zamanda hakimliklerden detaylı bir inceleme yaparak gerekçeli bir şekilde karar vermesini beklemek uygulanabilir nitelikte değildir. Bu nedenle en azından itiraz merciinde detaylı inceleme yapılarak gerekçeli karar ilkesine uygun kararlar verilebilirdi. Ancak uygulamada itiraz merciince de gerekçeli karar hakkına riayet edilmediği görülmektedir.

Elbette bu usuldeki tek sorun yalnızca içerik sağlayıcılara etkili savunma hakkının tanınmaması, gerekçeli karar hakkının veya ifade özgürlüğünün korunamamasıyla ilgili değildir. Anayasa Mahkemesi daha çok söz konusu usulün ifade özgürlüğünü ihlal eden yönünü irdelese de söz konusu usulün, etkili başvuru hakkı ve şeref ve itibar hakkının korunması yönünden de sorunlu bir düzenleme olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Zira söz konusu usulde, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia etmesine rağmen erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talebi reddedilen kişilerin, bu karara itiraz edebilecekleri etkili bir başvuru yolu da bulunmamaktaydı. Yukarıda belirtildiği gibi itiraz mekanizması bulunsada bu itiraz mekanizması, kişilerin kendilerini sözlü olarak savunabilecekleri, mağduriyetlerini fiziken arz edebilecekleri ve bir üst merciye başvurabilecekleri bir mekanizma değildi. Kişiler yalnızca yazılı bir dilekçe ile karara itiraz edebilmekteydi.

Diğer yandan şunu da belirtmek isteriz. Anayasa Mahkemesi'nin 9. maddedeki erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması usulündeki sorunları ıslah etmeye yönelik olarak kabul ettiği ilk bakışta ihlal kriterinin kendisi de kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenler açısından ayrı bir sorun oluşturmaktaydı. Zira erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması nedenleri ilk bakışta ihlalin varlığına bağlı kılındığında, kişilik haklarının ihlalinin ilk bakışta anlaşılacağı fakat biraz araştırmayla gerçekte kişilik haklarının ihlal edildiğinin anlaşılacağı durumlarda 9. madde kapsamında erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması gerçekleştirilememekteydi. Bu usul ile kişilik hakkı ihlalini gideremeyen kişilerin ise bu ihlalin giderilmesi için başvurabilecekleri diğer yollar kapanmış durumdaydı. Zira bu konuda başvurulabilecek yegane yol genel kanun olan TMK 24. ve 25. maddeleri kapsamında kişilik haklarına yapılan saldırının durdurulması hükümlerine başvurmakta. Ancak

³⁶ Bu husus Venedik Raporunda da sulh ceza hâkimlerinin ağır iş yüklerinin hâkimlere, özellikle tutuklama ve internet erişiminin engellenmesi konularında kişiye özel yeterince muhakeme yapmalarına yetecek kadar zaman bırakmadığı; sulh ceza hâkimlerinin bireylerin insan hakları üzerinde ciddi etkileri olan kararları yeterince gerçekleştiremedikleri belirtilerek eleştirilmiştir. Venedik Komisyonu, *Türkiye Sulh Ceza Hâkimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş*, (Görüş No. 852 / 2016, 13 Mart 2017), 20-21.

Yargıtay öteden beri ağırlıklı olarak erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması konusunda, 5651 sayılı Kanun'un özel kanun olması sebebiyle genel kanun olan TMK hükümlerine başvurulamayacağı görüşündeydi.³⁷ Bu içtihat nedeniyle kişilik haklarının ihlali sebebiyle erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talepleri hukuk mahkemelerinde karşılanamamaktaydı.³⁸ Bu nedenle ihlalin mevcut olduğu fakat bu ihlalin ilk bakışta anlaşılmadığı durumlarda ne 5651 sayılı Kanun hükümleri ne de TMK hükümleri bir koruma sağlayabilmekteydi.

Ayrıca, hiçbir koruma elde edemeyen kişilerin bireysel başvuru yapma imkanı da fiilen imkansızlaşmıştı. Zira Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırılığın açıkça belirgin olmadığı ve zararın acilen giderilmesi gerekmeyeceği durumlarda, 9. maddede belirtilen usule kıyasla daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili olan genel hukuk yollarının kullanılmadığı bireysel başvuruları, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmaktaydı.³⁹ Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi genel hukuk yolu olan Türk Medeni Kanunu'nun kişilik haklarının korunmasına ilişkin 24. ve 25. maddeleri kapsamında başvuru yapılmaması durumunda başvuru yollarının tüketilmemiş olduğunu belirterek kabul edilemezlik kararı vermektedir.⁴⁰ Hal böyle iken kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin hak arama hürriyetleri ve şeref ve itibar hakları ağır şekilde ihlal edilmektedir.

Sonuç olarak 9. madde usulündeki sorunların çözümü için geliştirilen ilk bakışta ihlal kriteri, başka sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu nedenle 9. maddenin ayakta tutulabilmesi için geliştirilen ilk bakışta ihlal kriterinin uygulanması yerine maddedeki usulün tamamen iptal edilmesi bizce daha isabetli olmuştur. Zira söz konusu usul hem içerik sağlayıcılar açısından hem kişilik hakları ihlal edilenler açısından birçok noktada sorunlar barındırmaktaydı.

Elbette anılan maddenin iptali tek başına bir çözüm değildir. Sorunu giderecek olan asıl çözüm, Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulan ve doktrinde be-

³⁷ Yar. 4. HD, E. 2012/6581, K.2012/10331, 13/06/2012; Yar. 4. HD, E. 2012/2045, K.2013/1218, 29/01/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/4447, K.2013/5761, 28/03/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/7417, K.2013/10004, 27/05/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/15321, K.2013/16805, 31/10/2013; Yar. 4. HD, E. 2016 / 12634, K.2018 / 7778, 10/12/2018; Yar. 4. HD, E. 2016/15622, K.2019/1452, 14/03/2019.

³⁸ 5651 sayılı Kanun'un TMK'ya göre özel kanun olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bkz: Demez (n 4) 368–375.

³⁹ Medeni Özer, B. No: 2017/15421, 30/9/2020, § 25. ; İ.D. ve Diğerleri [GK], B. No: 2016/14513, 28/12/2022, § 81.

⁴⁰ Nihayet, geç de olsa Anayasa Mahkemesi de bu sorunu tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, sulh ceza hâkimliklerinden talep ettikleri korumayı elde edemeyen başvuru sahiplerinin özel hukuk yollarına başvuru imkânının engellendiğini ve üçüncü kişilerce kişilik haklarına yapılan müdahaleler için çözüm sağlayabilecek nitelikteki etkili başvuru yolunun fiilen kullanılamaz hâle geldiğini tespit ettikten sonra erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talebi sulh ceza hâkimliklerince reddedilen başvuru sahiplerinden genel hukuk yollarını tüketmelerinin beklenemeyeceğini belirtmiştir. İ.D. ve Diğerleri [GK], B. No: 2016/14513, 28/12/2022, §82. Böylece en azından bireysel başvuru yolunun önündeki engel kalksa da Yargıtay içtihadının değişmemesi kişilerin mağduriyetini devam ettirmiştir.



İrtilen hususlar göz önüne alınarak yapılacak daha adil yeni bir düzenlemedir. Bu çerçevede, yapılacak yeni düzenlemeye ilişkin aşağıdaki önerilerimizin de dikkate alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

A. Hukuk ve Ceza Mahkemelerinin veya Mümkün Olması Halinde Bilişim Mahkemelerinin Görevli Olması

Kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması görevi sulh ceza hakimliklerine verilmişti. Sulh ceza hakimliklerinin nöbet usulüyle çalıştığı, gece, hafta sonu veya resmi tatillerde de çalıştığı göz önüne alındığında, internet ortamındaki hak ihlallerine acil müdahale edilmesi gereken durumlar için bu kararların sulh ceza hakimlerince verilmesi makul kabul edilebilir. Zira, örneğin gece veya hafta sonu yayınlanan bir içeriğe acil bir şekilde erişimin engellenmesi gerektiğinde bunun için mesai saatini beklemek ihlalin büyümesine neden olabilecektir. Söz konusu kararların 24 saat içinde verilmesinin öngörüldüğü nazara alındığında sulh ceza hakimliklerinin görevli olması akla yatkın gelebilir. Ancak esasen medeni hukuk konusu olan kişilik haklarının ihlaline yönelik incelemenin ceza yargısı değil de hukuk yargısı tarafından yapılmasının, bu konuda önceliğin hukuk mahkemelerine verilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Kişilik hakkı ihlallerindeki erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması görevinin sulh ceza hakimliklerine verilmesinin avantajı, 24 saat içerisinde karar verebilmeye uygun çalışma şartlarının olmasıdır. Ancak bununla beraber bu konuda sulh ceza hakimliğinin görevli olmasının dezavantajları da bulunmaktadır. Zira sulh ceza hakimlikleri bir mahkeme niteliğinde olmadığından verdikleri erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarının niteliği anlaşılammaktadır. İptal edilen düzenlemedeki erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması usulünün koruma tedbiri⁴¹, ihtiyati tedbir⁴² veya cezai bir yaptırım⁴³ olduğunu savunanlar bulunmaktaydı ancak biz söz konusu kararların mevcut hukuki niteliklerin herhangi birine tam manasıyla uymadığını ve hukuki niteliğinin belirsiz olduğunu savunmaktaydık.⁴⁴ Kararların hukuki niteliğinin belirsiz olmasının bir nedeni kararların sulh ceza hakimliğince verilmesiydi. Zira sulh ceza hakimince hukuk yargısına ait bir kavram olan ihtiyati tedbir niteliğinde veya bir ceza niteliğinde karar verilemeyeceği açıktır. Sulh ceza hakimince koruma tedbiri verilebilse de erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararları bir ceza yargılamasının parçası olmayıp müstakil bir karar niteliğinde

⁴¹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 461; M. Süheyl Karakaya, '5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükmü' [2018] *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 97, 115.

⁴² Mine Kaya, *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme - İnternet - Sosyal Medya) Kişilik Haklarının Korunması* (1. Baskı, Seçkin Hukuk 2015) 374.

⁴³ İsmail Çınar, '5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak "İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi"' (2021) 8 *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63, 69.

⁴⁴ Demez (n 2) 117-118.

olduğu için bu usulün koruma tedbiri olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle sulh ceza hakimince verilen bu kararların hukuki niteliğini belirlemek zordur.

Ayrıca iptal edilen usulde kişiler sulh ceza hakimliğinden erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı aldıktan sonra erişime engellenen içerik nedeniyle uğrılan zararlara ilişkin tazminat davasını asliye hukuk mahkemelerinde açmaktaydı. Fakat sulh ceza hakimliklerinin sınırlı bir inceleme neticesinde 24 saat içerisinde karar vermesine mukabil asliye hukuk mahkemelerinin ileri bir araştırma yapma imkanına sahip olmaları ve medeni hukukla bağlantısı nedeniyle kişilik hakkı ihlali olup olmadığını belirlemede daha donanımlı olmaları nedeniyle erişimin engellenmesi kararı verilen bir içerik hakkında asliye hukuk mahkemelerince kişilik hakkı ihlali olmadığına dair karar verilebilmekteydi. Bu durum ise aynı içerik hakkında farklı nitelikte çelişkili kararların ortaya çıkmasına neden olmaktaydı. Kişilik hakkı ihlali olup olmadığını baştan itibaren asliye hukuk mahkemelerinin belirlemesiyle bu tarz sorunların yaşanmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Öte yandan bu kararların sulh ceza hakimliğince verilmesinin diğer bir dezavantajı şudur: Uygulamada bilindiği üzere, sulh ceza hakimlikleri diğer sulh ceza hakimliklerinin verdiği kararlara erişmemektedir. Bu nedenle sulh ceza hakimi aynı adres için daha önce başvuru yapıp yapılmadığını kontrol veya tespit edememektedir. Bu eksiklik nedeniyle de örneğin aynı adres hakkında ret kararı verilse dahi başka bir hakimce kabul edilebilir düşüncesiyle tekrar başvuru yapıldığı uygulamada bilinmektedir. Bu gibi sorunlara mahal vermemek adına erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarının mahkemeler tarafından karara bağlanması faydalı olacaktır. Zira mahkemeler kişilerin derdest olan veya kesin hüküm niteliğinde olan kararlarına erişebilmektedirler. Taleplerin mahkeme nezdinde incelenmesiyle aynı adres için daha önce talep hakkında karar verilip verilmediğini kontrol etme imkanı sağlanmış olacaktır.

Yukarıda değindiğimiz üzere, iş yükü ve 24 saat içerisinde karar verme zorunluluğu nedeniyle sulh ceza hakimliklerinin kararlarında gerekçeli karar hakkına riayet edememeleri başka bir dezavantajdır. Ancak asliye hukuk mahkemelerince verilecek kararlarda, gerekçeli karar hakkına uygun şekilde hareket etme olanağı daha fazladır.

Sonuç olarak bu konuda sulh ceza hakimliklerinin görevli olmasının avantajı da dezavantajı da bulunmaktadır. Bizce kişilik hakları ihlalinde sulh ceza hakimliğince karar verilmesinin dezavantajlı yönü daha ağır basmaktadır. Bu nedenle söz konusu erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarını kural olarak sulh ceza hakimliklerinin değil asliye hukuk mahkemelerinin vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Fakat aynı zamanda suç teşkil eden kişilik hakkı ihlallerinde ceza hakimlerinin de karar vermesi mümkün kılınmalıdır. Böylece sulh ceza hakimliklerinin kısa sürede karar vermeye yönelik avantajlı yönü kullanılmaya devam edilmiş olacaktır. Örneğin hakaret içerikli veya kişilerin çiplak görüntülerini içeren içerikler gibi ilk bakışta anlaşılacak ihlaller aynı zamanda suç da teşkil ettiği için böylesi



acil müdahale edilmesi gereken durumlarda sulh ceza hakimlikleri koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı verebilecektir. Bu durumda acil müdahale gerektiren kişilik hakkı ihlallerine sulh ceza hakimliklerince 24 saat içinde müdahale edilebilecek, hukuk mahkemelerince nispeten daha geç verilebilecek erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarının muhtemel zararı aza indirgenmiş olacaktır.

O halde, bizce bu konuda hem hukuk yargısı hem ceza yargısı görevlendirilmelidir. Şöyle ki; kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler ihlal konusu içeriğe erişimin engellenmesi için 3 farklı şekilde hareket edebilirler. 1- İhlal konusu içeriğe yalnızca erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını talep edebilirler. 2- İçeriğin aynı zamanda suç oluşturduğu düşünülüyorsa hem suç duyurusunda bulunabilir hem erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını talep edebilirler. 3- İçerik nedeniyle hem maddi ve manevi tazminat davası açabilir hem de erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını talep edebilirler. Bu kapsamda kişiler hem tazminat hem erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılmasını veya yalnızca erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını talep edeceklerse asliye hukuk mahkemeleri görevli olmalıdır. Kişiler hem suç duyurusunda bulunup hem erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını talep edeceklerse bu durumda, soruşturma aşamasında sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında ceza mahkemesi görevli olmalıdır.⁴⁵

Önerdiğimiz bu görüşe benzer önerilerin yer aldığı, Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) 2016 yılına ait raporundaki⁴⁶ bazı tespitlere ve tavsiyelere de değinmek gerekir. Rapora göre; Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulü, mahkemeler önündeki bir ceza veya hukuk yargılaması çerçevesinde alınmış bir tedbir kararı değil erişimin engellenmesine dair esaslı kararların alındığı özerk bir usuldür. Ayrıca, 9 ve 9/A maddelerindeki usuller çerçevesinde erişimin engellenmesini talep edenler, kişilik haklarının veya özel hayatlarının gizliliğinin ihlal edilmesinden sorumlu olanlara karşı hukuk veya ceza davası açma yükümlülüğü altında değildir.⁴⁷ Talep edenlerin hukuk veya ceza yoluna başvurma zorunlulukları olmadığı için bu kararların bir mahkeme tarafından gözden geçirilmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu koşullar altında, kısa süre içerisinde, duruşma yapılmaksızın ve erişim engelleme

⁴⁵ Doktrinde 9. maddenin 5651 sayılı Kanun'un amacına uygun olarak yalnızca suç unsuru taşıyan yayınlar bakımından uygulanabilir olması gerektiği, böylece kişilik hakkını ihlal eden yayının aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda klasik ceza yargılaması yolunun da açılmış olacağı, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde erişim engeli tedbirinin akıbetinin inceleme konusu olabileceği, davanın sonuçlanmasının ardından kanun yolu incelemesinde de söz konusu tedbirin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Alper Işık, 'Anayasa Mahkemesi'nin 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi' (2022) 30 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 967, 995.

⁴⁶ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Görüş No: 805/2015, CDL-AD (2016) 011, 15 Haziran 2016, Strazburg.

⁴⁷ Venedik Komisyonu, par. 54.

kararına karşı bir üst mahkemeye itiraz imkanı olmaksızın verilen erişimin engellenmesi usulünün ifade özgürlüğü hakkının korunması için gerekli usulî güvenceleri sağladığı düşünülemez.⁴⁸

Venedik Komisyonu, 8. maddede olduğu gibi, 8/A, 9 ve 9/A maddeleri kapsamındaki usullerin bir ceza veya hukuk davasının açılmasına bağlı kılınması gerektiği ve bu usuller kapsamında erişimin engellenmesi kararının yalnızca, hukukun ihlal edildiğine dair makul bir şüphenin ve telafisi mümkün olmayan bir zarar tehlikesinin bulunması halinde, esas ceza veya hukuk davası öncesinde alınabilecek bir “ihtiyati tedbir” teşkil etmesi gerektiği görüşündedir.⁴⁹ Yukarıda önerdiğimiz usulün, Venedik Komisyonu’nun bu görüşüne uygun nitelikte bir usul olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan, yukarıda önerdiğimiz usulü savunmakla birlikte, ülkemizde neredeyse 20 yıldan beri kurulması gerektiği ifade edilen bilişim mahkemelerinin kurulması mümkün olursa erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarında bilişim mahkemelerinin görevlendirilmesinin daha isabetli olacağını da belirtmek gerekir.⁵⁰

B. Yetkili Mahkemenin Açıkça Belirlenmesi

2014 yılında 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde yapılan değişiklik öncesinde, içerik veya yer sağlayıcının yayından çıkarma talebini reddetmesi durumunda, kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişiler, yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurabiliyordu. Ancak, 2014’te yapılan değişiklikle birlikte bu düzenleme kaldırılarak, yetkili hâkimliğin neresi olduğu belirtilmeden sadece sulh ceza hâkimliğinin görevli olduğu ifade edilmişti. 5651 sayılı Kanun’da yetki kuralı belirlenmediği için, bu konudaki yetkinin Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun genel hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Ancak bu husustaki yetki kuralına ilişkin doktrinde ve mahkeme kararlarında farklı görüşler bulunmaktaydı.⁵¹ Bu nedenle yetkili yargı organının belirlenmesi noktasında sorunlar yaşanmaktaydı. Bu konuda bir içtihat birliği sağlanamadığı için de yargı mercilerince yetkisizlik kararları verilerek acil müdahale edilmesi gereken ihlale müdahale bu sebeple gecikebilmekteydi.

Yetkili yargı mercinin tayini noktasında yaşanan sorunların tekrarlanmaması için yeni yapılacak düzenlemede yetkili yargı organı açık bir şekilde belirlenmelidir. Zira internetin özel konumu nedeniyle bu konuda genel yetki kuralları yetersiz kalmaktadır. Genel yetki kurallarına göre meselenin çözümü gerektiğinde suçun işlendiği yerin veya haksız fiil ile zararın meydana geldiği yerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu ise her zaman kolay olmamaktadır. İnternet içeriği yayımlandığında bu hareketin veya haksız fiilin nerede yapıldığının belirlenmesi güç olduğu için

⁴⁸ Venedik Komisyonu, par. 60.

⁴⁹ Venedik Komisyonu, par. 61.

⁵⁰ Bu konuda ihtisas mahkemeleri olarak Bilişim Mahkemelerinin kurulması ve erişimin engellenmesi kararlarına ilişkin yeni bir usul belirlenmesine dair önerimiz için bkz: Demez (n 2) 148–151.

⁵¹ Bu hususa dair geniş açıklama için bkz: Demez (n 4) 405–414.



neticenin veya zararın meydana geldiği yer tespit edilmeye çalışılmakta ve bu husus geniş yorumlanarak netice veya zararın, içeriğin ulaşılabilir olduğu her yerde gerçekleştiği yorumu yapılmaktadır.⁵² Ancak bu yorum kimi yargı organlarınca kabul edilmediği için uygulamada yetkili yer tayininde sorunlar yaşanabilmektedir. Bu nedenle yetkiye ilişkin belirlemenin açıkça kanunda düzenlenmesi farklı uygulamaların ve sorunların yaşanmaması için yararlı olacaktır.

C. Özel Yargılama Usulü Düzenlenerek Çelişmeli Yargılamanın Sağlanması

Görevli ve yetkili mahkemeler belirlendikten sonra yargılama usulüne ilişkin de düzenleme yapılması gerekmektedir. Yargılama usulüne ilişkin önerimizi, hukuk ve ceza yargısı olmak üzere ikiye ayırarak ele alacağız.

Öncelikle kişilik haklarını ihlal eden içeriğin aynı zamanda suç teşkil ettiği veya suç şüphesi taşıdığı duruma ilişkin önerimize değineceğiz.

İçeriğin suç şüphesi taşıdığı durumlarda erişimin engellenmesinin/içeriğin çıkarılmasının koruma tedbiri olarak verilebilmesine ilişkin düzenleme yapılmalıdır. Kişilerin internet ortamında yayınlanan içerik hakkında hem suç duyurusunda bulunması hem bu içeriğe erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını talep etmesi halinde erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talebi bir koruma tedbiri mahiyetinde kabul edilerek cumhuriyet savcısı tarafından derhal sulh ceza hakimine bildirilmeli, sulh ceza hakimi de 24 saat içerisinde karşı tarafın savunmasını almadan taleple ilgili bir karar vermelidir. Burada sulh ceza hakimi şayet kuvvetli bir suç şüphesi varsa erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı vermelidir, aksi halde talebi reddetmelidir. Sulh ceza hakiminin verdiği kabul veya ret kararına karşı itiraz yolu açık olmalıdır. Ayrıca şayet kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilirse⁵³ bu konuda verilmiş olan erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı da kaldırılmalıdır. Şayet kovuşturma aşamasına geçilirse kovuşturma aşamasında mahkeme erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılmasının devamına veya kaldırılmasına karar verebilmelidir. Kovuşturma aşamasının sonunda mahkumiyet kararı verilmezse erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararının kaldırılmasına karar verilmelidir. Mahkumiyet kararı verildiğinde ise mahkemece güvenlik tedbiri olarak erişimin engellenmesinin/içeriğin çıkarılmasının devamına hükmedilebilmelidir. Ayrıca koruma

⁵² Kayıhan İçel, *Kitle İletişim Hukuku* (12. Bası, Beta Basım Yayın 2017) 501–502.; İzzet, Özgenç *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014) 872.; Sinan Sami Akkurt, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*. (Yetkin Yayınları 2020) 407.

⁵³ Burada şuna da değinmekte yarar vardır. İnternet ortamında işlenen suçlarda şüphelinin tespit edilememesi nedeniyle kovuşturmayla yer olmadığı kararı (kyok) verildiği sıklıkla görülmektedir. Ancak Yargıtay isabetli bir şekilde, internet ortamında işlenen suçlarda şüphelinin tespit edilememesi halinde daimi arama kararı verilerek dava zamanaşımı süresince soruşturmaya devam edilmesi gerektiğine yönelik içtihatla bulunmuştur. Yar. 4CD, E. 2022/7778, K. 2022/12532, 17/05/2022. Bu nedenle şüphelinin tespit edilememesi nedeniyle zamanaşımı süresince kyok verilmemeli ve şayet varsa erişimin engellenmesi tedbiri cezai takibatın sonuna kadar devam etmelidir.

tedbiri olarak erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talebi reddedilmiş olsa dahi şayet suçun işlendiği sabit olursa mahkemece bu aşamada güvenlik tedbiri olarak erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı verilebilmelidir.

Önerdiğimiz usulün uygulanabilmesi için erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararlarının genel bir koruma tedbiri olarak kabul edilmesi de düşünülebilir. Şöyle ki: 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, aynı maddenin 1. fıkrasının a, b, c ve ç bendinde yer alan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan internet yayınlarının içeriğinin çıkarılmasını/erişiminin engellenmesini düzenlemektedir. Bu madde kapsamında yalnızca maddede belirtilen katalog suçlara ilişkin erişimin engellenmesi ve içeriğin çıkarılması kararı verilebilmektedir. Bu karar koruma tedbiri veya idari tedbir olarak verilebilmektedir.⁵⁴ Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararları soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilmektedir. Ayrıca soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 24 saat içinde hakime sunulmak üzere cumhuriyet savcısı tarafından da verilebilmektedir.

Zikredilen 8. madde usulünde, yalnızca maddede belirtilen katalog suçlar nedeniyle erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı verilebileceği düzenlenirse de erişimin engellenmesini veya içeriğin çıkarılmasını gerektirebilecek pek çok suç tipi varken neden yalnızca sayılan suçların seçildiği Kanun metninden veya gerekçesinden anlaşılamamaktadır.⁵⁵ 8. maddede seçilen suç tipleri makul olmakla birlikte internet ortamında işlenen birçok suç için de erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı verilebilmesinin makul olacağı kanaatindeyiz. Zira Kanun'un iptal edilmeden önceki eski halinde, örneğin internet ortamında hakaret suçunun mağduru olan kişi suç duyurusunda bulunduğu cumhuriyet savcısından koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesini talep edemiyordu. Hakaret suçu teşkil eden yayınlara erişimin engellenmesi için zarar görenlerin ayrıca 9. madde kapsamında sulh ceza hakimine başvurması gerekiyordu.⁵⁶ Bize göre 8. madde kapsamında koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararları internet yayınlarıyla işlenen tüm suç içerikleri için genel bir koruma tedbiri olarak verilebilmelidir. Böylece hakaret, tehdit veya özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar gibi hem suç oluşturup hem kişilik haklarını ihlal eden içerik-

⁵⁴ Her ne kadar bu kararlara koruma tedbiri denilmiş olsa da ceza mahkemesince verilen hükümden sonra da varlığını devam ettirmesi nedeniyle bu tedbir koruma tedbiri olmaktan çıkıp kendine özgü bir tedbir özelliği taşımaktadır. Kanaatimize göre 8. madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi ve içeriğin çıkarılması kararları soruşturma ve kovuşturma aşamasında koruma tedbiridir, hükümden sonra ise güvenlik tedbiridir. Benzer bir görüş için bkz: Alp Öztekin, *Teori ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Hukuk 2023) 487.

⁵⁵ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 867; Özdem Özaydın, 'İnternet Kanununun 8. Madde Çerçevesinde Erişimin Engellenmesi Kararı' (2017) 16 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 203, 216.

⁵⁶ Bu konuda erişimin engellenmesi taleplerini cumhuriyet savcılarının sulh ceza hakimliğine iletmesi gerektiğine ilişkin görüşümüz için bkz: Demez (n 4) 360–363.



lere ilişkin koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı verilebilecek, suç teşkil eden kişilik hakları ihlalleri de daha hızlı bir şekilde bertaraf edilebilecektir. Öte yandan, internet ortamında işlenen diğer suçlar için de etkili bir koruma tedbiri getirilerek toplumun söz konusu suçlardan daha etkin korunması sağlanacaktır. Elbette bu durumda, koruma tedbirlerinin, kuvvetli suç şüphesi halinde verilmesi gibi, sahip olması gereken sınırlar açıkça belirlenmeli ve keyfiliğin önüne geçilmesi için ayrıntılı, orantılı ve ölçülü hükümler öngörülmelidir.

Şimdi de hukuk yargısı usulüne ilişkin önerimize değinilecektir. Kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler asliye hukuk mahkemesine başvurarak yalnızca ihlal konusu içeriğe erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını veya hem tazminat hem de erişimin engellenmesini/içeriğin çıkarılmasını talep edebilmelidir. Aynı zamanda acil müdahaleyi gerektiren bir halin söz konusu olması durumunda ihtiyati tedbir ile erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talep edilebilmelidir. İhtiyati tedbir talepleri belirlenecek makul bir süre içerisinde mahkeme tarafından değerlendirilmelidir.⁵⁷ Şayet ihtiyati tedbir kararı verilebilmesinin şartları var ise ihlal konusu içerikler hakkında ihtiyati tedbir ile erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararı verilmelidir. Aksi halde ihtiyati tedbir talebi reddedilse de davanın esasına ilişkin yargılamaya devam edilebilmeli, erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talebi ileri bir araştırma yapılarak aynı yargı makamı tarafından değerlendirilebilmelidir. Böylece iptal edilen usuldeki sulh ceza hakimliklerinin sınırlı bir zamanda sınırlı incelemeyle karar vermelerine ve sınırlı inceleme nedeniyle talebi reddetmelerine mukabil ileri bir incelemeyle gerçekten hak ihlali olup olmadığının anlaşılacağı bir usul tercih edilmiş olacaktır.

Öte yandan ihtiyati tedbir talebi kabul edildiğinde şayet ihtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak zorunda kalacaktır (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.397/1). Bu usulde, açılacak bir dava olacağı için dava masrafları ve yargılama giderleri nedeniyle bu davayı gerçekten hak ihlaline uğradığını düşünen kişilerin açması sağlanacaktır. Ayrıca bu durum içerik sağlayıcıların da açılacak davayı kaybederek uğrayacakları zararı önlemek için daha dikkatli davranmalarını da sağlayabilecektir. Zira sulh ceza hakimliğince verilen erişimin engellenmesi usulünde daha kolay talepte bulunulabilmesi ve dava

⁵⁷ Bu hususta belirlenecek süre için 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 8. Maddesinin 3. Fıkrasına benzer bir düzenleme düşünülebilir. İlgili hüküm şöyledir: *"Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez."* Erişimin engellenmesi tedbiri için verilecek kararların da geciktirilmeksizin verilmesine dair düzenleme yapılabilir. Bu düzenleme ihlalin giderilmesinde gecikmelere sebebiyet verecek nitelikte görülürse, iptaline karar verilen 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde olduğu gibi belirli bir süre de öngörülebilir. Ancak bu durumda resmi tatil günlerinde bu kararın verilebilmesi için nöbetçi mahkeme belirlenmesi gibi bir usul düzenlenmesi gerekecektir.

sonucunda yargılama giderlerine hükmedilmemesi nedeniyle içerik sağlayıcılar daha cesur davranabiliyor, kişiler ise gerçekten lüzumlu olmadığı halde içeriklere erişimin engellenmesini talep ederek yargının yükünü artırabiliyordu.

Bu görevin hukuk yargısına verilmesinde sulh ceza hakimliklerine göre daha dezavantajlı gibi görünen bir husus bulunmaktadır. O da şu ihtimaldir ki: şayet ihtiyati tedbir talebi reddedilirse bu karar üzerine başvurulacak itiraz makamı olmadığı için istinaf kanun yoluna başvuru yapılabilecektir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 391/3). İstinaf yoluna başvuru ise maalesef oldukça geç sonuçlanmaktadır. Durumun acil olduğu veya hemen müdahale edilmezse daha da büyüyecek bir ihlalin olduğu durumlarda erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talebinin reddedilmesi üzerine istinaf aşamasında talebin kabul edilmesi ihtimalinde, talep istinaf aşamasında kabul edilse bile ihlalin sonlandırılması oldukça gecikmiş olacağı için çoğu kez erişimin engellenmesi anlamsız hale gelebilecektir. Ancak acil müdahale gerektiren içerikler çoğunlukla suç da teşkil ettiği için önerimiz doğrultusunda koruma tedbiri olarak 24 saat içerisinde erişimin engellenmesi kararı verilerek ihlalin büyümesinin önüne geçilebilecektir. Ancak uzun vadede hukuk yargılamasında daha nitelikli ve tatmin edici kararların verileceği düşünüldüğünde söz konusu gecikme ihtimali göz ardı edilebilir kanaatindeyiz. Elbette bu tarz gecikmelerin önüne geçilecek düzenlemeler, çözümler getirilebilir. Ancak en iyi çözüm derece hakimlerine yol gösterecek içtihatların iyi belirlenmesiyle ve hakimlerin bu konuda ihtisaslaşmasının sağlanmasıyla ilk derece aşamasında isabetli kararlar verilmesinin sağlanmasıdır.

Önerdiğimiz usulün mevcut yargılama kuralları içinde uygulanabilmesinin önünde olası bir mani daha vardır: Taraf teşkilinin sağlanması. Zira hukuk yargısında davanın esasına bakılabilmesi için taraf teşkilinin sağlanması gerekecektir. Taraf teşkilinin sağlanması için ise davalı içerik sağlayıcının adı soyadı ve adresinin belirlenmesi gerekecektir. Şayet içerik sağlayıcılar tespit edilebilirse savunmalarını yazılı ve sözlü olarak yapma imkanına kavuşacaktır. Şayet içerik sağlayıcılar tespit edilemezse bu noktada genel yargılama kuralları dışına çıkılarak tespit edilemeyen ve tebliğe elverişli adresi bulunmayan içerik sağlayıcıların yokluğunda yargılamanın esasına girilerek karar verilebilmesine yönelik bir düzenleme yapılarak bu konudaki engel aşılabilir kanaatindeyiz. Ayrıca verilen bu kararların istinaf yoluna tabi olması halinde yokluğunda aleyhine karar verilen içerik sağlayıcıların istinaf başvurusunda bulunmasıyla taraf teşkili kendiliğinden sağlanmış olacaktır. Söz konusu içerik sağlayıcılar ise savunmalarını istinaf yolunda yapma imkanı elde edebilecektir. Buna ek olarak şayet karşı taraf dinlenmeden bir ihtiyati tedbir kararı verilirse bu durumda dinlenmeyen tarafça itiraz yoluna başvurulması mümkün olduğu için (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 394/1) dinlenmeyen tarafın itiraz etmesiyle de taraf teşkili sağlanmış olacaktır.

Önerdiğimiz bu usul ile ifade özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının, kişilik hakkının ve hak arama hürriyetinin korunmuş olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca, bu usulün uygulanması halinde erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarının



hukuki niteliği de belirlenebilir hale gelecektir. Bu durumda erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararları hukuk yargısı açısından ihtiyati tedbir veya kesin hüküm niteliğinde, ceza yargısı açısından koruma tedbiri veya güvenlik tedbiri niteliğinde olacaktır.

D. Kararlara Karşı İstinaf ve Temyizin Mümkün Kılınması

İptaline karar verilen erişimin engellenmesi usulünde ilk aşamada içerik sağlayıcının savunması alınmadan karar verildikten sonra bu karara yine sulh ceza hâkimliği nezdinde itiraz edilmekteydi. İtiraz aşamasındaysa itiraz mercii, yalnızca itiraz dilekçesi kapsamında sınırlı bir inceleme yaparak karar verilmekteydi. Bunun yerine itiraz aşamasında duruşma yapılmasına, ileri araştırma yapılmasına ve itirazların aynı derecede değil de bir üst merci tarafından incelenebilmesine imkân tanıyan bir itiraz mekanizması düzenlenmesi gerekmektedir.⁵⁸

Doktrinde sulh ceza hakimliklerince verilen bu kararlara karşı yapılan itirazların asliye ceza mahkemelerine yapılması, asliye ceza mahkemelerinin de tarafların iddia ve savunmalarını dinleyerek, gerekli gördüğü takdirde araştırma yaparak kişilik hakkına yönelen bir ihlal olup olmadığını karara bağlayacak imkanlara sahip kılınması önerilmiştir.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi de verdiği pilot kararda, Kanun'un 9. maddesine eklenecek bir hüküm ile itiraz makamının, erişimin engellenmesi kararından etkilenen tarafların yargılamaya aktif olarak katılımını öngören çelişmeli bir yargılama sunmakla ve yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekle görevlendirilebileceğini belirtmiştir.⁶⁰

Önerdiğimiz usulde hem ceza yargılaması hem hukuk yargılaması açısından verilecek kararların istinaf yoluna tabi olmasıyla iptal edilen hükümdeki sorun çözüme kavuşmuş olacaktır. Erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarına karşı istinaf ve temyiz yolunun açık bulunması adil yargılanma hakkı açısından oldukça yararlı olacaktır. Buna ilaveten özellikle hukuk yargılaması bağlamında ilk derece aşamasında yargılamadan haberdar olmayıp ilk defa istinafta savunma yapma imkânı elde eden içerik sağlayıcılar açısından bu karara karşı temyiz yoluna başvurma imkânı da getirilmesi adil yargılanma hakkı açısından olumlu bir durum olacaktır.

Öte yandan söz konusu kararlara ilişkin istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilmesinin uygulamada birliğin sağlanmasına da katkı sunacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki: iptaline karar verilen usuldeki itiraz usulünde istinaf ve temyiz imkanının olmayışı, bu konuda uygulama birliğinin sağlanamamasına neden olmaktadır. Zira kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği yargı kararlarıyla somutlaştırılması gereken bir husustur. Kişilik hakkına konu teşkil eden kişisel değerleri ve kapsamlarını

⁵⁸ Demez (n 2) 78–79.

⁵⁹ Işık (n 45) 995.

⁶⁰ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, B. No:2018/14884, 27/10/2021, §137/IV.

belirleme görevi hâkimindir. Hâkimin, Medeni Kanun'un 4. maddesinin kendisine verdiği takdir yetkisi çerçevesinde bu belirlemeyi yapacağı ifade edilmektedir.⁶¹ Her ne kadar bu konuda genel kriterler Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından konulmuş olsa da bu kriterlerin de somutlaştırılmaya ihtiyacı vardır. Bu ise ancak somut olaylara ilişkin verilecek kararlarla belirlenebilecek bir durumdur. Yargıtay'ın bu konudaki kararları yalnızca kanun yararına bozma kararlarında görülmektedir. Bu kararlar bile uygulamada yol gösterici olmuştur ancak yeterli düzeyde olduğu söylenemez. Yargıtay'ın erişimin engellenmesi kararlarını incelememesi ve bu konuda derece mahkemelerine yol gösterecek, emsal teşkil edecek yeterli somut vakıalar sunmaması nedeniyle sulh ceza hakimliklerince aynı nitelikteki olaylara farklı nitelikte kararlar verildiği görülmekteydi. Bu açıdan erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması kararlarına ilişkin yol gösterici içtihatların çoğalması bu konuda uygulamada birliğin oluşmasına katkıda bulunacaktır. Bu nedenle de yapılacak yeni düzenlemede istinaf ve temyiz imkanının olması oldukça yararlı olacaktır.

Şunu da belirtmek gerekir ki acil müdahale gerektiren ihlaller karşısında istinaf ve temyiz yolunun açık olması durumun aciliyetiyle zıtlık oluşturabilecek gibi görünse de uzun vadede daha nitelikli ve tatmin edici kararların netice alınacağı da göz ardı edilmemelidir. Öte yandan acil müdahale gerektiren durumlara yönelik verilecek ihtiyati tedbir kararları ve ilk derece mahkemelerince verilecek kararlar yüksek yargı içtihatları oluştuğunda daha isabetli hale gelecek ve istinaf veya temyiz aşamasında sonucun değişeceği az sayıda kararla karşılaşılacaktır. Bu noktada esasen tüm uyuşmazlıklarda olduğu gibi erişimin engellenmesi konusunda da hakkın yerine getirilmesinin gecikmemesi için itiraz veya kanun yollarındaki süreleri kısaltmaktan ziyade ilk karar merciinin kararını isabetli vermesinin sağlanması gerekmektedir. Bu ise mahkemelerin ihtisaslaşmasıyla mümkün olacaktır. Bu nedenle ihtisas sahibi hakimlerin bu konuda görevlendirilmeleriyle ve yol gösterici içtihatların çoğalmasıyla bu tereddüt de giderilmiş olacaktır.

E. Uyar - Kaldır Yönteminin Etkin Hale Getirilmesi

Önerdiğimiz usul ile giderek tıkanan hukuk düzeninde hukuk mahkemelerine yeni bir iş yükü getirilmiş olacaktır. Ancak bu iş yükü, uyuşmazlıkların mahkemelere intikal ettirilmeden olabildiğince alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasıyla kısmen azaltılabilecektir. Bu hususta acil müdahale edilmesi gerekenler dışındaki kişilik hakları ihlallerinde arabuluculuğa başvuru gibi müesseselerin işletilmesi yararlı olacaktır.

Özellikle uyar-kaldır yönteminin etkinliğinin artırılması mahkemelerin iş yükünün artmasına kısmen mani olabilecektir. Uyar-kaldır yöntemi, yurt içi ve yurt dışı kaynaklı internet sitelerinin içerik veya yer sağlayıcıları ile irtibata geçilerek hukuka aykırı içeriklerin söz konusu internet sitesinden çıkartılmasını sağlamaya

⁶¹ Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Hukuk 2016) 90.



yönelik bir yöntemdir.⁶² Uyar-kaldır yöntemi, esasen bir içeriğin yayından çıkarılması işlemidir ve internet ortamındaki hukuka aykırı bir içeriğin, söz konusu içerik nedeniyle hakkı ihlal edilen kişilerce yapılan başvuru üzerine içerik veya yer sağlayıcı tarafından yayından çıkarılmasını ifade etmektedir.⁶³

İptaline karar verilen 9. maddenin 1. fıkrası hakimliğe başvuru yapmadan önce içerik veya yer sağlayıcılara başvuru yapılarak içeriğin çıkarılmasının talep edilebileceğini düzenlemekteydi. Bu yöntem yerinde bir yöntem olmakla birlikte etkin olarak kullanılamamaktaydı. Zira bu yöntemle ihlal konusu içeriği yayından kaldırması gereken içerik/yer sağlayıcılara ulaşmak her zaman mümkün olmamakta, mümkün olsa dahi içerik/yer sağlayıcılar, içeriğin ihlale vücut vermediği kanaatine sahip olduğunda talebi olumsuz yanıtlamakta veya yanıtız bırakmaktaydı. Kanun koyucu, talebi yanıtız bırakan veya yerine getirmeyen içerik sağlayıcılara yönelik açık bir yaptırım öngörmemişti.⁶⁴ Ayrıca içerik/yer sağlayıcıların yurtdışında bulunması durumunda söz konusu talebin yerine getirilmesi zorlaşmaktaydı. Zira bu içerik/yer sağlayıcılara Kanun'un uygulanması mümkün olmamakta ve herhangi bir etkili yaptırım uygulanamamaktaydı. Bu gibi nedenlerden dolayı uyar-kaldır yöntemi ihlalin sona erdirilmesi için etkili bir başvuru yolu değildi.

Yeni yapılacak düzenlemede uyar-kaldır yönteminin uygulanabilirliğini artıracak hükümler bulunmalıdır. Bu kapsamda içeriğin çıkarılması taleplerini yanıtız bırakan veya yerine getirmeyen ticari amaçlı içerik sağlayıcılara, özellikle de internet haber sitelerine⁶⁵ yaptırım öngörülmesi düşünülebilir. Halihazırda 5651 sayılı Kanun Ek m. 4/3 hükmü gereğince, Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılar, 9 ve 9/A maddeleri kapsamındaki içeriklere yönelik olarak kişiler tarafından yapılacak başvurulara, başvurudan itibaren en geç kırk sekiz saat içinde olumlu ya da gerekçeli olmak kaydıyla olumsuz cevap vermekle yükümlü tutulmuştur. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcılara ise BTK Başkanı tarafından beş milyon Türk lirası idari para cezası verilmesi öngörülmüştür (5651 sayılı Kanun Ek m.4/6). Elbette bu yükümlülük Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara yöneliktir. Bu şartı taşımayan sosyal ağ

⁶² Doğan Kılınc, '5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması' (2016) 20 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 577, 610.

⁶³ Melikşah Çırakoğlu, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği* (Adalet Yayınevi 2018) 135.

⁶⁴ Bu hususta içerik sağlayıcılara yönelik açık bir yaptırım öngörülmesi de 5651 sayılı Kanun m.5/2 hükmü gereğince yer sağlayıcılar, aynı Kanun'un 8. ve 9. maddeleri kapsamında haberdar edilmeleri halinde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü tutulmuştur. Yer sağlayıcının bu yükümlülüğüne dair bkz: Demez (n 2) 66-71.

⁶⁵ Basın Kanunu Madde 2/m: (Ek:13/10/2022-7418/2 md.) "İnternet haber sitesi: İnternet ortamında, belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapmaktır üzere kurulan ve işletilen süreli yayını...ifade eder."

sağlayıcıların veya diğer içerik sağlayıcıların talepleri cevaplandırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna benzer bir düzenlemenin diğer içerik sağlayıcılar için de öngörülmesi düşünülebilir.

Öte yandan şunu da belirtmek gerekir ki uyar- kaldır yönteminin etkin olarak kullanılabilmesi için içerik/yer sağlayıcıların iletişim bilgilerine kolayca ulaşmak gerekmektedir. İçerik sağlayıcıların iletişim bilgilerine erişmek için ise birtakım düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Örneğin Almanya’da, sosyal ağ kullanıcı verilerinin sosyal ağ sağlayıcısı tarafından talep eden tarafa verilmesine yönelik düzenleme yapılmıştır.⁶⁶ Bu düzenlemeye göre, sosyal ağ platformlarında bir kullanıcı bir başka kişiye hakaret, tehdit ve karalamaya yönelik içerik paylaştığında, mağdur kişi önce mahkemeye başvurarak sosyal ağ işletmesinden söz konusu içerikleri paylaşan kullanıcının kullanıcı verilerini talep etmektedir. Mahkeme kullanıcı verilerinin mağdur kişiye verilmesine izin verdiği takdirde, sosyal ağ işletmesi, IP adresi, ad ve soyad gibi verileri kişiyle paylaşmaktadır.⁶⁷ İçeriklerden mağdur olan kişi bu bilgileri elde ettikten sonra hukuka aykırı içerikleri paylaşan kişiye karşı hukuk ve ceza davası açabilmektedir.

Ülkemizde de Almanya örneğinde olduğu gibi sosyal medyada ihlal konusu içerikleri paylaşanların verilerinin mahkeme kararıyla hakkı ihlal edilen kişiye verilmesine yönelik bir düzenleme yapılabilir. Ayrıca diğer internet sitelerinde ihlal söz konusu olması durumunda bu internet sitelerinin (alan adlarının) tahsis edildiği kişilerin bilgilerinin mahkeme kararıyla hakkı ihlal edilen kişilere verilmesine de imkân tanınmalıdır. Bu yolla içerik sağlayıcıların iletişim bilgilerine ulaşma sorununa kısmen çözüm üretileceği kanaatindeyiz.⁶⁸

Öte yandan internet sitelerinin tahsis edildiği kişilerin bilgisini ilgililerle paylaşabilmek için öncelikle internet sitelerini tahsis edenlerin gerçek kimliklerinin tespit edilebilmesi gerekir. Fakat mevcut durumda kişilerin gerçek kimliklerini gizleyerek alan adı tahsis ettirmesi ve irtibat bilgilerini gizlemesi mümkündür. Bu nedenle ülkemizde alan adı tahsisinde gerçek kimliklerin tespit edilebileceği bir kayıt sisteminin düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda, alan adını tahsis ettiren kişiyi tespite yarayacak bilgilerin kayıt kuruluşlarınca alınması zorunlu kılınmalıdır. Bunun için, alan adını tahsis ettirecek kişinin kimlik belgesinin istenmesinin yanında, alan adı tahsis ücretinin alan adı sahibinin adına kayıtlı kredi kartıyla ödenmesi zorunluluğu getirilmesi gibi kimliğin doğrulanmasını teyit edici çözümler düşünülebilir.⁶⁹

Sonuç olarak, hakkı ihlal edilen kişiler, içerik sağlayıcının iletişim adresini kendileri tespit edebilirlerse ihlal konusu içeriğin yayından çıkarılmasını doğrudan içerik

⁶⁶ Bülent Kent, ‘Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber ile Mücadele’, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber* (Adalet Yayınevi 2022) 30.

⁶⁷ ibid.

⁶⁸ Demez (n 2) 176.

⁶⁹ ibid.



sağlayıcıdan talep edecektir. Kişiler içerik sağlayıcının iletişim bilgilerini tespit edemezlerse yargı merciinden içerik sağlayıcının bilgilerinin paylaşılmasına izin verilmesini talep edebilmelidirler. Aynı zamanda yargı merciinden erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması talep edilirken de içerik sağlayıcının bilgilerinin verilmesine izin verilmesi talep edilebilmelidir. Yargı merciince izin verilmesi halinde, sosyal medya platformlarından veya alan adlarına ilişkin olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan (daha özeldede TRABİS'ten⁷⁰) ilgili içerik sağlayıcıların verileri istenebilmelidir. Böylece, kişiler irtibat kurabildikleri içerik sağlayıcılardan ihlal konusu içeriğin çıkarılmasını talep edebilecek, taleplerinin yanıtız bırakılması halinde içerik sağlayıcıya yaptırım öngörüleceği için taleplerine olumlu veya olumsuz bir yanıt alabileceklerdir. Bu ise ihlalin giderilmesini hızlandıracak, toplumsal uzlaşa ile sorunların çözümüne katkı sağlayacaktır.

5651 sayılı Kanun'un 4/5/2007 tarihli ilk hâlindeki 9. madde düzenlemesine göre içerik veya yer sağlayıcılar içeriğin çıkarılması talebinin kendilerine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde talebi yerine getirmezse talep reddedilmiş sayılırdı. Talebin reddedilmiş sayılması durumunda, kişiler 15 gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilirdi. Ancak yargı yoluna başvurmadan önce tüketilmesi zorunlu tutulan bu yol uygulamada birçok soruna neden olmuş ve ihlalin gecikmesine neden olmuştu. Aynı soruna neden olmamak için uyar/kaldır yöntemine başvuru zorunlu tutulmamalı ancak bu yola başvurulara, ihlalin giderilmesini hızlandıracak bir hüviyet kazandırılmalıdır.

F. İçeriğin Çıkarılması Kararlarının Uygulanmasındaki Etkinliğin Artırılması

İptal edilen 9. madde usulünde içeriğin yayından çıkarılması kararları uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne gönderilmekteydi. Erişim Sağlayıcıları Birliği kararı uygulaması için ilgili içerik sağlayıcıya mail yoluyla iletmekteydi. İlgili içerik sağlayıcıların iletişim bilgileri ise bunların internet adreslerinde bulunan bilgilerden tespit edilmeye çalışılmaktaydı. Elbette içerik sağlayıcıların hepsinin iletişim bilgisini bu yolla tespit etmek mümkün olmadığından, verilen kararlar iletişim adresleri tespit edilemeyen içerik sağlayıcılara iletilememekte ve karar bu içerik sağlayıcılar açısından uygulanamamaktaydı. Bu durum ise verilen kararın etkin bir şekilde yerine getirilememesi sorununa yol açmaktaydı.

Zikrettiğimiz bu soruna çözüm için Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin internet sitelerine ait mail adreslerine ulaşmasını kolaylaştıracak düzenlemeler yapılmalıdır.

⁷⁰ İnternet Alan Adları Yönetmeliği m.3/1-n: “*.tr* ağ bilgi sistemi (TRABİS): “.tr” uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veritabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistemi ... ifade eder.”

Bu kapsamda, “.tr” uzantılı adreslere ait kayıtların tutulduğu TRABİS’te bulunan, alan adını tahsis ettiren kişilere ait mail adreslerine, Erişim Sağlayıcıları Birliği’nin de erişmesine olanak sağlayacak bir düzenleme yapılabilir. Bu durumda en azından “.tr” uzantılı adreslere ait ulaşılabilir bir iletişim kanalı tespit edilmiş olacak ve içeriğin yayından çıkarılması kararları daha etkili şekilde uygulanabilecektir.

Ayrıca, iptal edilen 9. maddenin 7. fıkrasında içeriklerin yayından kaldırılması halinde erişimin engellenmesi kararının hükümsüz hale geleceği düzenlenmişti. Ancak bu düzenlemedeki eksiklikler, hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararlarının süresinden fazla şekilde uygulanmasına neden olmaktadır. Zira kararın hükümsüz kalmasından ne anlaşılması gerektiğine, hükümsüz kalan kararlara karşı ne yapılması gerektiğine dair açık düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılacak yeni düzenlemede söz konusu usul korunmalı ancak bu konudaki eksiklikler giderilerek revize edilmelidir.⁷¹

Ayrıca, içerik sağlayıcılara yayından çıkardıkları içerikleri Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne bildirme zorunluluğu getirilmesi düşünülebilir. Özellikle de internet haber sitelerine ve sosyal ağ sağlayıcılara bu yükümlülük getirilmelidir. Bu zorunluluğa uymayan içerik sağlayıcılara yaptırım öngörülmelidir. Böylece yayından kaldırılan içerikler daha hızlı tespit edilmiş olacak ve erişimin engellenmeleri de bir an önce kaldırılmış olacaktır.

SONUÇ

Kişilik haklarının ihlali nedeniyle internet sitelerine erişimin engellenmesini/ içeriğin çıkarılmasını düzenleyen 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesindeki usul, konunun her iki tarafı açısından sorunlar taşımaktaydı. Söz konusu usul hem ifade özgürlüğü ile basın-yayın özgürlüğünün korunması hem de şeref ve itibar hakkı ile adil yargılanma hakkı açısından bazı eksiklikler barındırmaktaydı. Söz konusu usulde uyumsuzluğun her iki tarafına da etkili bir savunma yapma imkanı tanınmamış olması, çelişmeli yargılama imkanının bertaraf edilmiş olması, verilen kararlara karşı etkili bir itiraz mekanizmasının düzenlenmemiş olması, kararların üst mercilerce incelenmesine olanak tanınmaması, verilen kararların mahiyetinin belirlenmemiş olması, sınırlı inceleme ve sınırlı süre nedeniyle gerekçeli karar hakkına riayet edilememiş olması söz konusu usulü Anayasaya aykırı hale getiren başlıca eksikliklerdi.

Öte yandan, özünde birtakım sorunlar barındıran söz konusu usule ilişkin yargı organlarınca verilen kararlar bu usulü daha da sorunlu hale getirmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu usulün birtakım güvencelerden yoksun olması nedeniyle bu usulün yalnızca ilk bakışta ihlal durumlarında uygulanabilecek istisnai bir yol olduğunu belirterek bu usulün kapsamını oldukça sınırlamaya çalışmıştır. Yargıtay kararlarında söz konusu usulün özel hüküm olması nedeniyle genel Kanun niteliğinde olan Türk Medeni Kanunu’nun 24. ve 25. maddeleri kapsamında erişimin

⁷¹ Bu hususa ilişkin bazı öneriler için bkz: Demez (n 4) 392–396.



engellenmesinin/içeriğın çıkarılmasının talep edilemeyeceğı belirtilmiştir. Hal böyle olunca, internet ortamındaki içeriğın kişilik haklarını ihlal ettiğinin ilk bakışta tespit edilemediğı ancak biraz araştırma ile ihlalin ortaya çıkacağı durumlara ilişkin hiçbir koruma mekanizması kalmamıştır. Üstelik korumasız bırakılan kişilerin bireysel başvuru imkanı da fiilen imkansızlaştırılmıştır. Zira Anayasa Mahkemesi genel hukuk yolu olan Türk Medeni Kanunu'nun kişilik haklarının korunmasına ilişkin 24. ve 25. maddeleri kapsamında başvuru yapılmaması durumunda başvuru yollarının tüketilmemiş olduğunu kabul ederek yapılan başvurular hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bu nedenlerle söz konusu usul mahkemeye erişim hakkını, etkili başvuru hakkını, adil yargılanma hakkını ve şeref ve itibar hakkını da korumaktan uzak bir hal almıştır. Bu yönden Anayasa Mahkemesince söz konusu madde düzenlenmesinin iptal edilmesi bizce yerinde olmuştur.

Söz konusu usulün iptal edilmesi yerinde olmuştur ancak bundan sonraki süreçte bu konuyla ilgili yapılacak düzenlemenin sorun değil çözüm üretmesi beklenmektedir. Bu anlamda yapılacak yeni düzenlemede önceki usule ilişkin sorunların tekrarlanmaması gerekmektedir. Yapılacak düzenlemede Anayasa Mahkemesi kararları, Venedik Komisyonu raporu ve doktrindeki görüşler çerçevesinde ileri sürülen öneriler dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda yapılacak yeni düzenlemeye ilişkin farklı bir bakışa kapı aralayacak önerilerimizi şu şekilde sıralayabiliriz:

Kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesine/içeriğın çıkarılmasına karar verilmesi hususunda sulh ceza hakimliğı asli görevli yargı organı olmaktan çıkarılmalıdır. Söz konusu kararlarının verilmesinde hem hukuk yargısı hem ceza yargısı görevlendirilmelidir. Bu kapsamda kişiler hem tazminat hem erişimin engellenmesini/içeriğın çıkarılmasını veya yalnızca erişimin engellenmesini/içeriğın çıkarılmasını talep edeceklerse asliye hukuk mahkemeleri görevli olmalıdır. İçeriğın aynı zamanda suç oluşturan içerikler için kişiler hem suç duyurusunda bulunup hem erişimin engellenmesi/içeriğın çıkarılması talep edeceklerse bu durumda soruşturma aşamasında sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında ceza mahkemeleri görevli olmalıdır. Elbette bilişim mahkemelerinin kurulması mümkün olursa bu konuda bilişim mahkemeleri görevli olmalıdır. Ayrıca her iki yargı yolunda da yetkili mahkeme açık şekilde belirlenmelidir.

Ceza yargılamasında erişimin engellenmesi/içeriğın çıkarılması kararlarının koruma tedbiri olarak ve güvenlik tedbiri olarak verilmesi mümkün kılınmalıdır. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında koruma tedbiri olarak verilebilen erişimin engellenmesi/içeriğın çıkarılması kararları internet yayınlarıyla işlenen tüm suç içerikleri için genel bir koruma tedbiri olarak verilebilmelidir. Elbette bu durumda, koruma tedbirlerinin, kuvvetli suç şüphesi halinde verilmesi gibi, sahip olması gereken sınırlar açıkça belirlenmeli ve keyfiliğın önüne geçilmesi için ayrıntılı, orantılı ve ölçülü hükümler öngörülmalıdır.

Hukuk yargılamasında ise erişimin engellenmesi/içeriğın çıkarılması, belirle-
necek makul bir süre içerisinde ihtiyati tedbir olarak verilebilmelidir. Öte yandan

esasa ilişkin olarak maddi ve manevi tazminat talebiyle birlikte veya müstakil olarak erişimin engellenmesi/içeriğın çıkarılması da talep edilebilmelidir. Bu durumda ise esasa ilişkin yargılama yapılabilmesi için taraf teşkilinin sağlanması şartı yumuşatılmalıdır. Bu kapsamda tespit edilerek ulaşılabilen içerik sağlayıcıların savunması derece mahkemesi tarafından alınmalıdır ancak tespit edilemeyen veya ulaşılamayan içerik sağlayıcıların savunmasının alınmasına gerek olmadan yokluklarında karar verilebilmelidir. Yargılamadan haberdar olmadığı için yokluklarında karar verilen içerik sağlayıcılara kanun yollarında savunma imkanı tanyacak bir usul düzenlenmelidir.

Hukuk yargılamasında ve ceza yargılamasında verilen erişimin engellenmesi/içeriğın çıkarılması kararlarına karşı istinaf ve temyiz yolu açık olmalıdır. Böylece verilen kararların bir üst merci tarafından denetlenmesi sağlanarak daha adil ve tatmin edici sonuçlara ulaşılacaktır. Ayrıca istinaf ve temyiz olması uygulama birliğinin sağlanmasına da katkıda bulunacaktır.

Elbette giderek tıkanan hukuk düzeninde hukuk mahkemelerine yeni bir iş yükü getirmenin sakıncaları da vardır. Ancak bu sakıncalar, uyuşmazlıkların mahkemelere intikal ettirilmeden olabildiğince alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasıyla bertaraf edilebilecektir. Özellikle uyar-kaldır yönteminin etkinliğinin artırılması mahkemelerin iş yükünün artmasına kısmen mani olabilecektir. İçerik sağlayıcıların iletişim bilgilerinin tespitine yönelik yeni düzenlemeler yapılarak ve içerik sağlayıcılara içeriğın çıkarılması taleplerine olumlu veya olumsuz cevap verme yükümlülüğü getirilerek uyar-kaldır yönteminin daha aktif ve etkin olarak kullanılması sağlanmalıdır.

Önerdiğimiz usulün böylesi hassas bir konuda her zaman hızlı bir çözüm sunmaya elverişli olmayan yönleri bulunmaktadır. Ancak iptal edilen usulün de birçok açıdan sorunlar taşıdığı aşikardır. Bu nedenle önerdiğimiz usulde ihlalin önlenmesinin gecikmesine neden olacak olası aksaklıklara da çözümler üretilmesiyle iptal edilen usulde yaşanan sorunların giderileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akkurt SS, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*. (Yetkin Yayınları 2020)

Alyanak S ve Bozkurt Cengiz B, 'Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi' [2023] *Yasama Dergisi* 117-153

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu). Görüş No: 805/2015. CDL-AD(2016)011. Strazburg.15 Haziran 2016

Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Hukuk 2016)

Bahçe A ve Demir A, 'İfade Özgürlüğünün Teorik Boyutu ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü' (2017) 4 *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 41-80



Cihangir A, 'Pilot Karar Uygulamasına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Genel Bakış' [2022] İnsan Hakları Dergisi 35-43

Çınar İ, '5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak "İnternet Ortamında Yapılan Yayınlar İçeriğinin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi"' (2021) 8 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63-96

Çırakoğlu M, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği* (Adalet Yayınevi 2018)

Demez İ, 'Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğinin Yayından Çıkarılmasında Görev ve Yetki Sorunu' (2021) 3 Bilişim Hukuku Dergisi 338-429

—, *Kişilik Hakları İhlalinde İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İçeriğinin Yayından Çıkarılması* (Adalet Yayınevi 2023)

Dülger MV, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023)

Gözler K, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi' (2014) 1 Legal Hukuk Dergisi 1059-1120

İşık A, 'Anayasa Mahkemesi'nin 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi' (2022) 30 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 967-998

İçel K, *Kitle İletişim Hukuku* (12. Bası, Beta Basım Yayım 2017)

Kalabalık H, *İnsan Hakları Hukuku* (5. Baskı, Seçkin Hukuk 2017)

Karakaya MS, '5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü' [2018] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 97-132

Kaya M, *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme - İnternet - Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması* (1. Baskı, Seçkin Hukuk 2015)

Kaya MB, *İnternet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2021)

Kent B, 'Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber İle Mücadele', *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber* (Adalet Yayınevi 2022)

Kılıç A, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi' (2021) 38 Anayasa Yargısı 85-126

Kılınç D, '5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması' (2016) 20 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 577-624

Köküsarı İ, ‘Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması’ (2019) XXIII Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181-243

Kurt H, ‘Erişim Engellemeden Demokratik Toplum Ya Da Kamu Düzenine Eleştirel Bir Bakış’ (2021) 148 Adalet Dergisi 151-162

Mücahit Küçük Ç, ‘İdari Yargıda Kanun Yollarındaki İçtihat Farklılıklarının Hukuki Güvenlik İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2023) 72 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 343-380

Özaydın Ö, ‘İnternet Kanununun 8. Madde Çerçevesinde Erişimin Engellenmesi Kararı’ (2017) 16 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 203-222

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014)

Öztekin A, *Teori ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Hukuk 2023)

Pollicino O, ‘The Right to Internet Access Quid Iuris?’ [2020] *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric* 263-275

Venedik Komisyonu, *Türkiye Sulh Ceza Hâkimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş*, (Görüş No. 852 / 2016, 13 Mart 2017)

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)

Yargı Kararları

AİHM, Delfi AS v. Estonya, B. No: 64569/09, 16/06/2015.

AYM, A.A., B. No: 2014/7244, 12/9/2018.

AYM, Abdullah Kaya ve Diğerleri, B. No: 2016/1430, 22/11/2023.

AYM, Ahmet Alphan Sabancı ve Diğerleri, B. No: 2015/13667, 21/11/2023.

AYM, Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 62-67.

AYM, Artı Media Gmbh [GK], B. No: 2019/40078, 14/9/2023.

AYM, Aykut Küçükkaya, B. No: 2014/15916, 9/1/2020.

AYM, Barış Yarkadaş, B. No: 2015/4821, 17/4/2019.

AYM, C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018.

AYM, E. 2020/76, K. 2023/172, 11/10/2023.

AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim-Sen), B. No: 2015/11131, 4/7/2019.

AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014.



- AYM, Ergün Poyraz, B. No: 2013/8503, 27/10/2015.
- AYM, Ips İletişim Vakfı (2), B. No: 2015/15873, 7/3/2019.
- AYM, Ips İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018.
- AYM, İ.D. ve Diğerleri [GK], B. No: 2016/14513, 28/12/2022
- AYM, Kemal Gözler (2), B. No: 2015/5612, 10/12/2019.
- AYM, Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018.
- AYM, Kemalettin Bulamacı, B. No: 2016/14830, 4/7/2019.
- AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021.
- AYM, Medeni Özer, B. No: 2017/15421, 30/9/2020.
- AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş., B. No: 2013/2623, 11/11/2015.
- AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (3), B. No: 2015/16499, 3/7/2019.
- AYM, Miyase İlknur ve Diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018.
- AYM, Özgen Acar ve Diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018.
- AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014.
- AYM, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018.
- Yar. 4. CD, E. 2022/7778, K. 2022/12532, 17/05/2022.
- Yar. 4. HD, E. 2012/2045, K.2013/1218, 29/01/2013.
- Yar. 4. HD, E. 2012/6581, K.2012/10331, 13/06/2012.
- Yar. 4. HD, E. 2013/15321, K.2013/16805, 31/10/2013.
- Yar. 4. HD, E. 2013/4447, K.2013/5761, 28/03/2013.
- Yar. 4. HD, E. 2013/7417, K.2013/10004, 27/05/2013.
- Yar. 4. HD, E. 2016 / 12634, K.2018 / 7778, 10/12/2018.
- Yar. 4. HD, E. 2016/15622, K.2019/1452, 14/03/2019.

DARÜ'L-HİKMETİ'L-İSLAMİYE VE ÜYELERİNİN AHLAK KONUSUNDA KALEME ALDIĞI MAKALELER

Darü'l-Hikmeti'l-İslamiye and Articles Written by its Members on Morality

Yılmaz YURTSEVEN*

Hüseyin Ömer ADAGİDELİ**

Özet

Osmanlı Devleti'nin son döneminde yıllar boyu süren savaşlar sosyal ve ekonomik yıkımlara neden oldu. Açlık, yoksulluk ve elverişsiz yaşam koşulları sonucunda halkın karşı karşıya kaldığı sıkıntılar toplumda çeşitli olumsuz tutum ve davranışların yaygınlaşmasını tetikledi. Böyle bir süreçte kurulan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin en önemli görevi yaptığı yayın ve çalışmalarla İslam dininin güzelliklerini halka duyurarak toplumda görülen bu arızaların giderilmesine katkı sağlamaktı. Meşihat makamının resmi yayın organı olarak yayın hayatına başlayan Ceride-i İlmiye dergisi, 1918 yılında Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kurulmasıyla bu yeni kurula devredildi. Ceride-i İlmiye bu noktadan sonra bir taraftan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin merkez ve taşra teşkilatında gerçekleştirdiği çalışmalar hakkında bilgiler verirken diğer taraftan kurul üyelerinin çeşitli konularda kaleme aldığı makaleleri yayımladı. Çalışmada ilk olarak Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kurulmasına zemin hazırlayan sosyolojik ve siyasal ortam, kurumun açılması sırasında gerçekleştirilen yasal düzenlemeler ve kurumun teşkilat yapısı hakkında bilgilere yer verilmiştir. Ardından Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyelerinin ahlak konusunda Ceride-i İlmiye'de yayımladığı makaleler incelenerek üyelerin bu konuda üzerinde durduğu problem ve çözüm yolları tespit edilmiştir. Böylece kurumun meydana çıkışındaki temel gayenin ne ölçüde gerçekleştirilebildiği ortaya konarak literatüre katkı sağlanması amaçlanmıştır. Yazarların önerdiği çözüm ; her ferдин yaptığı hataların farkına vararak tövbe etmesi ve dinin emrettiği doğrultuda yaşam sürmeye başlamasıdır. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin açılması hakkında gerçekleşen meclis görüşmeleri kuruma karşı iki farklı görüşü yansıtmaktadır. Görüşlerden ilki; böyle bir kurumun yıllarca süren savaşların getirdiği yoksulluk ortamında israftan öteye gitmeyeceğidir. İkinci görüş sahipleri ise kuruma ayrılan bütçenin yetersiz olduğunu ve toplumun ahlakını yükseltmek üzere tesis edilen böyle bir kurum için gereken bütün fedakarlığın yapılması gerektiğini savunmuştur. Kurum, gerçekleştirdiği faaliyetler neticesinde kendisinden beklenen faydaları sağlayamadığına dair eleştirilerle karşılaşmıştır. Ceride-i İlmiye ismindeki yayın organında ayda bir yayınlanan makalelerin toplumun ahlakına olumlu tesir etmede yetersiz kaldığı eleştirilerin temel noktasını oluşturmuştur.

Anahtar Kelimeler: Darü'l-hikmeti'l-İslamiye, Mütareke Dönemi, Ceride-i İlmiye, Ahlak, Toplum.

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.09.2024
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD, yyurtseven@akdeniz.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3736-3510>.

** Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD, Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku ABD Doktora Öğrencisi, adagideli@akdeniz.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3946-7789>.

Abstract

The wars that lasted for years in the last period of the Ottoman Empire caused social and economic destruction. The problems faced by the people as a result of poverty and unfavorable living conditions triggered the spread of various negative attitudes and behaviors in the society. One of the most important tasks of Dar al-Hikmet al-Islamiye, which was established in such a process; It was to contribute to the elimination of these faults in the society by announcing the beauties of the Islamic religion to the public with its publications and studies. Ceride-i İlmiye magazine, which started its publication life as the official publication of the Meşihat authority, was transferred to this new board with the establishment of Dar al-Hikmet al-Islamiye in 1918. After this point, Ceride-i İlmiye gave information about the work carried out in the central and provincial organization of Dar al-Hikmet al-Islamiye, on the one hand, and published articles written by the members of the board on various subjects, on the other. The study first provides information about the sociological and political environment that paved the way for the establishment of Dar al-Hikmet al-Islamiye, the legal arrangements made during the establishment of the institution, and the organizational structure of the institution. Then, the articles on morality published by the members of Dar al-Hikmet al-Islamiye in Ceride-i İlmiye were analyzed and the problems and solutions that the members emphasized on this issue were identified. Thus, it is aimed to contribute to the literature by revealing to what extent the main purpose of the institution was realized. In the articles written by the members of the organization, the main reason for the deterioration in society was shown as the departure from Islam. The solution suggested by the authors is for each individual to realize the mistakes they have made, repent and start living in line with what the religion commands. The parliamentary debates on the opening of the Dar al-Hikmet al-Islamiye reflect two different views on the institution. The first view is that such an institution would be nothing more than a waste in an environment of poverty brought about by years of war. The second view was that the budget allocated to the institution was insufficient and that all necessary sacrifices should be made for an institution that was established to raise the morality of society. As a result of its activities, the institution faced criticism that it failed to deliver the expected benefits. The main point of criticism was that the articles published once a month in Ceride-i İlmiye were insufficient to have a positive impact on the morals of the society.

Keywords: Dar al-Hikmet al-Islamiye, Armistice Period, Ceride-i İlmiye, Morality, Society.

GİRİŞ

Savaşlar tüm toplumların moral değerlerini alt üst eder. Savaşın doğurduğu yokluk, dehşet, acımasızlık ve gayriahlaki davranış olguları, toplumu içten içe kemiren bir maraza dönüşür. Savaşların doğurduğu yıkım yalnızca insanların maddi can ve mal kayıpları değildir. Ortaya çıkan yıkım öylesine geniş bir tahribat yaratır ki bundan hem geride kalan toplum hem gelecek kuşaklar etkilenir. Dahası toplumsal moral değerlerin çöküşü beraberinde normatif değerlerin çöküşünü de hızlandırır. Bundan en büyük payı hukuk alır.

Osmanlı Devleti'nin son döneminde yıllar boyu süren savaşlar sosyal ve ekonomik yıkımlara neden oldu. Açlık, yoksulluk ve elverişsiz yaşam koşulları sonucunda halkın karşı karşıya kaldığı sıkıntılar toplumda çeşitli olumsuz tutum ve davranışların yaygınlaşmasını tetikledi. Böyle bir süreçte kurulan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin en önemli görevi yaptığı yayın ve çalışmalarla İslam dininin güzelliklerini halka duyurarak toplumda görülen bu arızaların giderilmesine katkı sağlamaktı. Meşihat makamının resmi yayın organı olarak yayın hayatına başlayan Ceride-i İlmiye dergisi, 1918 yılında Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kurulmasıyla bu yeni kurula devre-

dildi. Ceride-i İlmiye bu noktadan sonra bir taraftan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin merkez ve taşra teşkilatında gerçekleştirdiği çalışmalar hakkında bilgiler verirken diğer taraftan kurul üyelerinin çeşitli konularda kaleme aldığı makaleleri yayımladı.

Çalışmada ilk olarak Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kurulmasına zemin hazırlayan sosyolojik ve siyasal ortam, kurumun açılması sırasında gerçekleştirilen yasal düzenlemeler ve kurumun teşkilat yapısı hakkında bilgilere yer verilmiştir. Kurumun ortaya çıkmasını hazırlayan ortam dönemin dergi ve gazetelerinde yayımlanan makalelerden yararlanılarak aktarılmıştır. Gerçekleştirilen yasal düzenlemeler sırasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının değerlendirilmesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin internet sitesinin arşiv bölümünde yer alan Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan tutanaklarından faydalanılmıştır. Kurumla ilgili söz konusu açıklamalar çalışmanın “Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Hakkında Genel Bilgiler” başlıklı birinci bölümde yer almaktadır. Ardından çalışmanın ikinci bölümünde Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyelerinin ahlak konusunda Ceride-i İlmiye'de yayımladığı makaleler incelenerek üyelerin bu konuda üzerinde durduğu problem ve çözüm yolları tespit edilmiştir. Yazarların önerdiği çözüm ; her ferdin yaptığı hataların farkına vararak tövbe etmesi ve dinin emrettiği doğrultuda yaşam sürmeye başlamasıdır. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin açılmasındaki temel amaç; Toplumda gerçekleşen ahlaki çöküntünün tamir edilmesidir. Nitekim kanunlaştırma aşamasında ayan ve mebusan meclislerindeki görüşmeler ahlaki gerilemenin önüne geçilmesi hedeflendiğini göstermektedir. Çalışmamızda kurum üyeleri tarafından yazılan ahlak konulu makalelerin değerlendirilmesi ile söz konusu hedefe ne oranda ulaşılabildiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Böylece Osmanlı Devleti'nin son yıllarında dönemin önde gelen ilim adamlarının bir araya getirilerek ortaya konan çabanın ne oranda başarılı olduğu incelenmiştir.

I. DARÜL'-HİKMETİ'L-İSLAMİYE HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Osmanlı Devleti'nin son yıllarında, Birinci Dünya Savaşı ardından 30 Ekim 1918'de imzalanan Mondros Mütarekesiyle 1 Kasım 1922'de saltanatın kaldırılmasına kadar olan süreç mütareke dönemi olarak adlandırılır. Savaşların getirdiği sosyal ve ekonomik çöküntü Osmanlı toplumunda çeşitli arızalara sebep olmuştur. Halkın içinde bulunduğu ekonomik ve ruhi bunalım bir takım ahlaki bozulmalara sebebiyet vermiştir. Genç kuşakta işsizliğin verdiği umutsuzluk, maaşlarını uzun süreler boyunca alamayan çalışanların içinde düştüğü borç, dönemin acıklı sosyal yaşantısından birkaç örnekten ibarettir. Rusya ile yaşanan Kırım sorunları nedeniyle Osmanlı topraklarına göç etmek zorunda kalan muhacirlerin yaşadığı sosyal ve ekonomik problemler de var olan sıkıntıların üstüne eklenmiştir¹.

¹ Esra Yakut, Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Meşihat, Adliye, Maarif ve Hilafet 1918-1922, (Kitap Yayınevi 2020) 11-12.

21 Şubat 1919 tarihinde Alemdar gazetesinde Refi Cevad'ın kaleme aldığı yazı yiyecek ekmeğe ulaşmakta zorlanan halkın içinde bulunduğu ekonomik problemleri gözler önüne sermektedir: “*Ortada acilen hâl olunacak birçok mesail (mesele) mevcut. Bunlardan devletin siyaset-i dâhiliye ve hariciyesini şimdilik bir tarafa bırakalım. Ehemm-i umur (en önemli iş) olan ekmek meselesi var. İaşe (geçim) acınacak, ağlanacak, çıldırtacak bir hâlde. Ekmek meselesi öyle mühim bir meseledir ki hiç şakaya gelmez. Çünkü dünyada her şeye çare bulunsa, açlığa çare bulunmaz... Evet Osmanlıyız, hamiyetliyiz (milletimize bağlıyız), fakat her şeyden evvel insanız. Karnımızı doyurmaya mecburuz*”².

Geçirilen zor dönemler toplumda fuhuş gibi ahlaksızlıkların da çoğalmasına sebep olmaktadır. Emin Hakkı, İ'tisam'da çıkan makalesinde konuya şu sözlerle değiniyordu: “*İşte bu sükût-u ahlak (ahlakın bozulması) dolayısıyladır ki memlekette fuhuş alabildiğine bir revaç sahası buldu... Fuhuş girdabına yuvarlanan zavallı nisvanı (kadınları) hiçbir el kurtarmak istemiyor, bilakis ellerine vesikalar (belgeler) veriyorlar... Bizdeki fuhuş erbabının yüzde doksan dokuzu kimsesizliğin, zaruretlin (zorunlulukların) ve yine tekrar ediyorum: idaresizliğin mazlum (zulme uğramış) ve mağdur kurbanıdır*”³.

Savaşın, yoksulluğun ve fakirliğin sonucunda ortaya çıkan ümitsizlik toplumda intihar vakıalarının yaygınlaşmasına sebep olmaktadır. Sebilürreşad'da yayımlanan İntihar isimli yazı son aylarda özellikle gençler arasında artan intihar olaylarını konu edinmekteydi. Ülkenin çok zor zamanlardan geçtiği vurgulanan haberde vatanın büyük bir tehlike altında bulunduğu ifade edilmiştir. Yazının devamında halka öğütler verilerek, küfür ve vatana ihanet olarak nitelenen intiharın yanlışlığı anlatılmaya çalışılmıştır⁴.

İşte Darü'l-hikmeti'l-İslamiye, Osmanlı toplumunun içinde bulunduğu böylesine zor günlerde sosyal hayatta karşılaşılan ahlak ve inanç problemleriyle mücadele etmek üzere kurulmuştu⁵.

A. Meşihat Makamında Darü'l-Hikmeti'l-İslamiye Açılışının Fikri Altyapısı

II. Meşrutiyet döneminde tıpkı diğer devlet kurumlarında olduğu gibi Meşihat Makamı'nın yeniden yapılandırılması gerektiğine yönelik fikirler gündeme geldi. Dönemin iktidar partisi İttihat ve Terakki'ye göre, Meşihat Makamının asli görevi olan İslam dinin yayılması ve yüceltilmesi hakkındaki görevini hakkıyla yerine getirebilmesi ancak siyasi hayattan çekilmesiyle mümkün olabilirdi.⁶ 1916 tarihli

² Refi Cevad, “Ekmekler ve Melekler” (1337) 10(65) Alemdar 1.

³ Emin Hakkı, “Tesettür, Fuhuş ve Esbab-ı Fuhuş” (1337) 1(42) İ'tisam 453-456.

⁴ Anonim, “İntihar” (1337) 17(433-434) Sebilürreşad 143-144.

⁵ Sadık Albayrak, “Dârü'l-hikmeti'l-İslâmiyye” (1993) C. 8 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 506.

⁶ Esra Yakut, “Mütareke Döneminde İstanbul Hükümeti'ne Bağlı Çalışmalar Yürüten Bir Üst Kurul:

İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin siyasi programının on ikinci maddesinde Meşihat makamının tamamıyla dini yayınlar yapmak ve İslamiyet'in yayılmasına çalışmakla görevlendirileceği ve medreselerin bu amaç doğrultusunda ıslahına dair kanun teklifi sunulacağı ifade ediliyordu. Programın on dördüncü maddesi ise yargılama faaliyetinin Adliye Nezareti'nin görevi olduğu belirtilerek bütün yargı teşkilatının Adliye Nezaretine bağlanması yönünde kanun hazırlanacağı belirtilmişti⁷.

Bu kapsamda öncelikle Meşihat Makamına bağlı olarak görev yapan şer'î mahkemeler ve Emvâl-i Eytam 12 Mart 1917 tarihli irade-i seniyye⁸ ile Adliye Nezaretine bağlandı. 24 Mayıs 1917 tarihinde yürürlüğe konulan Medaris-i İlmiyye Kanunu⁹ ile Osmanlı devleti sınırlarında yer alan bütün medreseler Meşihat Makamının yönetimine devredildi¹⁰.

Söz konusu düzenlemeler dönemin aydınları arasında görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Ziya Gökalp 1916 yılında kaleme aldığı “*Diyanet ve Kazâ*” isimli makalesinde yargı birliğinin sağlanması gerektiğini dile getirmiştir. Gökalp'e göre yargı birliğinin sağlanmasında, Şer'îye mahkemelerinin Adliye Nezaretine bağlanması önem arz etmektedir. Buna göre, Şer'îye mahkemelerinin 1837'de meşihat makamına bağlanması en baştan hatalı bir karardır. Asıl olması gereken; Şer'îye mahkemelerinin, dönemin adliye nazırlığı hükmünde olan kazaskerliğe bağlanması olmasıydı. Kazasker de padişahın mutlak vekili olan sadrazama bağlanmalıydı. Gökalp bu görüşlerinin temelini, yargı ve fetva yetkisinin bir kişide birleşmeyeceğine dayandırmaktaydı. Şeyhülislam'ın esas görevi fetva vermek olduğundan yargılamayla ilgili görevler yürütmemeliydi. Gökalp; İmam-ı Azam Ebu Hanife ile Zenbilli Ali Efendi'nin fetva verme görevlerini gerekçe göstererek yargılama ile ilgili vazifeleri geri çevirmelerini, kendi görüşlerine destek olarak göstermiştir. Yargılama hükümdara ait olan ve bölünmemesi gereken bir yetkidir. Bunun aksine olarak yargının parçalanması ve bir kısmının asıl görevi fetva vermek olan meşihat makamına devredilmesi hatalı bir tutumdur. Gökalp; meşihat makamı ne kadar İslami bir makamsa Adliye Nezareti'nin de aynı oranda İslami bir makam olduğunu ileri sürmekteydi. Şeyhülislam'ın padişah tarafından doğrudan atanmasından farklı olarak Adliye Nazırı, sadrazamın sorumluluğu altındaydı. Ayrıca Şer'îye mahkemelerinde verilen hatalı kararlar, uygulanan hukuk kurallarının tedvin edilmemesinden (düzenlenerek kanunlaştırılmamasından) kaynaklanmaktaydı. Şer'îye mahkemelerinin Adliye Nezaretine bağlanması, meşihat makamının asıl görevleriyle daha yakın şekilde ilgilenmesini temin edecekti¹¹.

Darü'l-hikmeti'l-İslâmiyye” (2018) 3(4) International Journal of Eurasian Education and Culture 46.

⁷ İttihat ve Terakki Cemiyet Programı, (1332) 5.

⁸ 1917 Tarihli İrade-i Seniyye (1335) 3(31) Ceride-i İlmiye 875.

⁹ Düstûr: II. Tertip / 9 (1335) 598-600.

¹⁰ Yakut, “Darü'l-hikmeti'l-İslâmiyye” (n 6) 46.

¹¹ Ziya Gökalp, “*Diyanet ve Kaza*” (1331) 3(35) İslâm Mecmuası 756-760.

İzmirli İsmail Hakkı, Sebilürreşad'da çıkan makaleleriyle Ziya Gökalp'in görüşlerine karşı çıkmıştır. İsmail Hakkı'ya göre fetva verme ve yargılama şer'i görevlerin en önemlisidir. Bu iki görev arasında görünüşteki fark; müftünün bağımsız fetva yetkisine karşılık kadının yargılama yaparken padişaha bağlı olmasıdır. Fetva ile yargılama görevlerini birbirinden ayıran noktalar; kararların bağlayıcılığı, kimler için hüküm ifade ettiği, şer'i hükümleri ele alış şekli, kararların hukuki niteliği ve görevi ifa edeceklerde aranan niteliklerin farklı oluşudur¹². Hz. Peygamber hem fetva isteyenlere fetva vermiş hem de aralarında anlaşmazlık çıkanların kendisine başvurması halinde yargılamasını yapmıştır. İsmail Hakkı'ya göre ehil olan bütün kadılar müftülük görevini yerine getirebilir ancak her müftünün yargılama görevini yerine getirebilmesi mümkün değildir. Nitekim yetkin bir kadı, fetva ve yargı kabiliyetlerini kendinde toplamıştır. Bu nedenle nitelikli bir kadı fetva vermekten menedilemez. Bazı büyük zatların yargılama görevinden çekinmeleri; fetva ve yargı gibi önemli sorumluluk yükleyen görevleri hakkıyla yerine getirme konusundaki hassasiyetlerinden kaynaklanmaktaydı. Bu önemli vazifeleri kendilerinin görmesi yerine başkaları tarafından yerine getirilmesini istelerdi. İmam-ı Azam Ebu Hanife'nin yargılama vazifesinden çekinmesinin sebebi de kesinlikle fetva ve yargı görevinin bir kişide toplanmayacağı görüşünden kaynaklanmamaktaydı. Örneğin Ebu Hanife'nin talebesi Ebu Yusuf bu iki görevi aynı anda yerine getirmişti. İsmail Hakkı'ya göre; bunun aksine bir görüş, Hz. Peygamber'in fetva ve yargılama görevini üstlenmesi ve fıkıh bilgisine güvendiği sahabesine iki görevi aynı anda yapma konusunda izin vermesine aykırılık teşkil ederdi. Ayrıca İslam tarihinde birçok büyük zat bu iki görevi bir arada yürütmüştü. Dolayısıyla fetva ve yargı görevinin bir arada yürütülmesi, İslam dini tarafından uygun görülmeyle birlikte tarih boyunca çokça gerçekleşmiş bir olaydı¹³.

Meşihat makamının yargı, eğitim gibi alanlardaki etkinliğine son verilerek asıl vazifesi olan dini hizmetlere yöneltilmesi gerektiği düşüncesine karşı; ulemanın devletin bütün kademelerindeki etkinliğinin devam etmesini İslam Devleti olmanın gereği olduğunu savunan iki farklı görüş bulunmaktaydı. Her iki görüşe sahip kesim, birbirinden farklı nedenler ile olsa da Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin açılmasına destek vermekteydi. Birinci görüşün taraftarlarına göre bu kurum, Meşihat makamının asli hizmetine yönelmesinde görev icra etmiş olacaktı. Muhafazakâr olarak nitelendirebilecek ikinci görüş sahipleri ise Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin toplumun içinde bulunduğu dini ve ahlaki problemlerle mücadelede üstleneceği rol dolayısıyla kurumun açılışına olumlu yaklaşıyordu.

¹² İzmirli İsmail Hakkı, "İfta ve Kaza" (1332) 14(358) Sebilürreşad 157-158.

¹³ İzmirli İsmail Hakkı, "Müftü ve Kadı" (1332) 14(359) Sebilürreşad 169-171.

B. Darü'l-Hikmeti'l-İslamiye'nin Kuruluşuna İlişkin Hukuki Düzenleme Çalışmaları

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kurulması hakkında kanun görüşmeleri 21 Ocak 1918 (1334) pazartesi günü toplanan Meclis-i Mebusan oturumunda gerçekleştirilmiştir. Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi'nde yer alan görüşme kayıtları, Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kuruluş amacı hakkında bilgi vermesi açısından önemlidir. Bab-ı Meşihat Memurun Müdürü Bahri Efendi, kanun teklifinin bütçeyi ilgilendiren yönleri olmasını sebep göstererek acilen ele alınmasını talep etmiştir. Bu talep kabul edilerek kanun teklifi hakkındaki görüşmelere başlanılmıştır¹⁴.

Kanunun gerekçesine (Esbâb-ı Mûcibe Lâyihasına) göre Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin amacı İslâm'ın faziletlerini duyurmak, dini kurumları korumak ve medreseleri ıslahı gibi önemli hedefleri gerçekleştirmektir. Bu hedeflere ulaşmak üzere Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin merkez ve taşra teşkilatı oluşturulacaktı. Kurumun merkez teşkilatı üç komisyondan meydana gelecekti. Akâid Komisyonu, İslâmî inanış esaslarını felsefi görüş ve batıl inanışlara karşı korumak; Fıkıh Komisyonu, fıkıh bilginlerinin inanış ve amel konularındaki görüşlerini incelemek; Ahlak Komisyonu ise İslam ahlakının yayılmasını sağlamaya çalışmak ile görevlendirilecekti¹⁵.

Meclis-i Mebusan görüşmeleri esnasında ilk söz alan Harun Hilmi Efendi; “Darü'l-hikmeti'l-İslamiye” unvanının, kurumun ne kadar yüksek hedefler için tesis edildiğini göstermesi açısından yeterli olduğu dile getirmiştir. Ancak asıl düşünülmesi gerekenin bu amaçları gerçekleştirecek bir yapılanmanın oluşturulup oluşturulamayacağı olduğu üzerinde durmuştur. Harun Hilmi'ye göre böyle bir kurumun tesisleriyle hedeflenen amaca ulaşmak, ancak Darü'l-hikmeti'l-İslamiye unvanının gereklerini temsil edebilecek başkan ve üyeler bulunabilmesiyle mümkün olabilirdi¹⁶.

Şemsettin Bey (Ertuğrul), Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kuruluş gayesini belirten ve kanunun teklifinin birinci maddesinde “*Hakayik-i diniye ve meâli-i İslâmiyeyi neşr ve ta'mim ile mükellef...*” (Dinin hakikatlerini ve İslâmî meseleleri herkese duyurma ve yayma ile görevli...) şeklinde ortaya konulan vazifenin nasıl yerine getirileceğinin belirlenmesinin önemine işaret etmiştir. Şemsettin Bey, yaptığı incelemelerde kanun hakkında yapılan çalışmalar esnasında bu gayelerin ne şekilde yerine getirileceği hususunda bir ibareye rastlayamadığını söylemiştir. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyelerinin kendi içinde yaptıkları toplantıların topluma fayda sağlayabilmesi için kendi görüşlerini ve topluma zararlı yayınlara karşı savunmalarını

¹⁴ Sadık Albayrak, Son Devrin İslâm Akademisi Darü'l-hikmeti'l-İslamiye, (İz Yayıncılık 2017) 15; Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (MMZC) (1914) Dönem 3 Cilt II 36.

¹⁵ Zekeriyâ Akman, Dâru'l-hikmeti'l-İslâmiye kurumu (1918–1922), (2006) Doktora Tezi: Ankara Üniversitesi 40; Dâru'l-hikmeti'l-İslâmiye Kanunnamesi Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası (1337) 4(41) Ceride-i İlmiye 1198-1202; Bayram Sakallı, “Millî Mücadelede Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin Müdafaa-i Hukuk Cemiyetleriyle İlişkileri” (1993) 31(1-2) Türk Kültürü Araştırmaları, Prof. Dr. Oktay Aslanapa'ya Armağan 351.

¹⁶ MMZC. Düstur (D) .3 C. II (no 14) 36-37.



yayımlayarak toplumu bilinçlendirmeleri gerektiği belirtmiştir. Eğer bu bilgilendirmeler dergi ve kitaplar yoluyla yapılacak ise bu vazifelerin yerine getirilmesinin ancak belirli bir ödeneğin sağlanmasıyla mümkün olacağını vurgulayarak kanun teklifinde ödenek tahsisi hakkında bir düzenleme bulunmamasını eleştirmiştir¹⁷.

Şemsettin Bey'in kanun teklifi hakkındaki eleştirisi, Urfa Mebusu Saffet Efendi tarafından cevaplanmıştır. Saffet Efendi, kanunun teklifinin hazırlanması sırasında Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin görevlerini ne şekilde yerine getireceğinin tartışıldığını ve “*Daire-i Meşihatı hakayık-ı diniye (dinî gerçekler) ve maali-i İslamiyeyi (İslam'ın üstünlüklerini) neşir ve tamim (duyurma ve yayma) ile mükellef (sorumlu)*” cümlesinin kurumun amacını açıkça ortaya koyması için ilave edildiğini dile getirmiştir. Saffet Efendi'ye göre cümlede geçen “*neşir ve tamim*” sözcükleri, bu vazifelerin bir takım risale, kitap, resmi ceride yoluyla gerçekleşeceğini açık bir şekilde göstermektedir. Ancak bu yayınların ayrıntısının kanun maddelerinde yer alamayacağını, onun yerine bu amaçla çıkarılacak bir nizamname ile gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸

Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilen Darü'l-hikmeti'l-İslamiye hakkındaki kanun teklifi 25 Şubat 1918 günü Meclis-i Ayan'da görüşülmüştür. Konu, kanun teklifinin Meclis-i Mebusan'da aciliyet kararıyla görüşülmesi sebebiyle Meclis-i Ayan'ın iç nizamnamesinde yer alan düzenleme doğrultusunda aciliyetle gündeme alınmıştır¹⁹.

Kanun teklifi hakkında söz alan Ahmet Rıza Bey, kanun yapmanın tek başına böyle bir kurumun oluşturulması için yeterli olmayacağını ve Meşihat Kurumu'nun çıkarılacak böyle bir kanunu uygulayacak araçlarının ve gücünün olup olmadığının tartışılması gerektiğini ifade etmiştir. Kurumun üstleneceği görevler değerlendirildiğinde üyelerin yalnızca dini bilgileri üstün kişilerden değil çağın gerektirdiği bilimsel (fenni ve felsefi ilimler hakkında) yetkinliklere de sahip kişiler olması gerektiğini dile getirmiştir. Ali Rıza Bey, savaş nedeniyle toplumda yaşanan açlık ve yoksulluğun ahlaki yapıda çöküntü meydana getirdiğini ve ortaya çıkan ahlaksızlığın önlenmesinde Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'ye çok büyük görevler düştüğünü belirtmiştir. Elinde yaptırım gücü olmayan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin toplumun güzel ahlakla donatmayı başaramayacağını ileri süren Ali Rıza Bey, kendisinden beklenen amaçları gerçekleştiremeyecek bir kurum için bütçeden tahsisat yapılmasının anlamsız olacağı yönündeki eleştirilerle konuşmasını sonlandırmıştır²⁰.

Meclis-i Ayan görüşmelerine Meşihat kurumunu temsilen katılan Bahri Efendi, Ali Rıza Bey'in eleştirilerine cevaben; dinin kurallarının insanlara anlatıldıktan sonra anlatılanların hayata geçirilmesi için baskı uygulanamayacağını, aksi bir tutumun

¹⁷ MMZC. D.3 C. II (n 14), 38.

¹⁸ İbid 43.

¹⁹ Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi, (MAZC) (1914), Dönem 3 Cilt I 456.

²⁰ MAZC. D.3 C. I (n 19) 457-458.

dinde zorlama yasağına aykırı olacağını dolayısıyla Darü'-hikmeti'l-İslamiye'nin yaptırım gücünün olmamasının dinin ruhuyla uyumlu olduğunu dile getirmiştir. Bahri Efendi'ye göre alimlere düşen, halka dini hakikatleri göstermekten ibarettir. Dinde zorlama olmadığından açıklanan hakikatleri kabul etmeyenlerin cezalandırılması mümkün değildir. Nitekim buna ihtiyaç da bulunmamaktadır. Halk içinde akli başında olanlar doğru yolu iradeleriyle tercih edip, anlatılan hakikatlerle amel edeceklerdir. Söz gelimi Ahlak encümeni hırsızlığın yanlış bir davranış olduğunu yaptığı yayınlar vasıtasıyla halka anlatacaktır. Buna rağmen hırsızlık yapanların cezalandırılması ise Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin değil hükümetin işidir²¹.

Ali Rıza Paşa'nın teklif hakkındaki bir diğer eleştirisi; dini hakikatlerin halka anlatılabilmesi için mevcut gazete ve dergilerin yeterli olacağı, bu nedenle bütçeye fazladan yük getiren böyle bir kurumun gereksiz olduğudur. Bu eleştiri Mehmet Fuat Paşa tarafından, milleti hem maddi hem manevi açıdan ilgilendiren böyle önemli bir konuda yapılacak harcamaların kesinlikle fazla görülmemesi gerektiğini; ayrıca Avrupa ve Amerika'da benzer şekilde misyonerlik faaliyetleri için büyük paralar harcadığını dile getirmek suretiyle cevaplamıştır. Bununla birlikte dini ve milli değerlerini korumayan bir toplumun varlığını sürdürmeyeceğini, toplumun ahlakının korunmasında tek başına polis ve zabitanın yetersiz kalacağını, böylesine önemli amaçlar için kurulacak Darü'l-hikmeti'l-İslamiyenin görevlerinin daha da arttırılmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir²².

Meclis-i Ayan'da gerçekleştirilen görüşmeler sonrasında Meclis-i Mebusan'dan çıkan kanun teklifi değiştirilmeksizin 25 Şubat 1918 tarihinde kabul edilmiştir²³. Kanununun 4. maddesinde Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin üyelerinin ne tür görevler üstleneceğinin çıkarılacak bir nizamnameyle düzenleneceği belirtilmektedir. 6 Mayıs 1918 tarihinde çıkarılan on yedi maddelik nizamnamenin ilk maddesinde kurumun her birinde üç adet üyesi bulunan kelim, fıkıh ve ahlak encümenlerinden oluşacağı; ikinci maddesinde kurumun ilmi ve ameli olmak üzere iki çeşit görevi bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Nizamnamenin üç ila yedinci maddeleri, kurumun ilmi ve ameli vazifelerinin neler olduğunu; sekiz ve devamındaki maddeler ise Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin başkan ve üyelerinin özellikleri ile göreve başlama usullerini konu edinmiştir²⁴.

Son olarak, Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Nizamnamesi'nin 13. maddesi gereğince 14 Teşrin-i Sâni 1918'de kurumun teşkilatını ve işleyiş tazını düzenleyen bir talimatname yayınlanmıştır²⁵. Söz konusu talimatnamenin 34. maddesinde yer alan "Taşralarda müftülerin riyaseti altında ...birer encümen teşkil olacak ...ve bu babta

²¹ İbid 459.

²² İbid 460.

²³ İbid 462-464.

²⁴ Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Nizamnamesi (1336) 4(36) Ceride-i İlmiye 1061-1063.

²⁵ Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Teşkilat Talimatnamesi (1337) 4(41) Ceride-i İlmiye 1198-1200.

bir tâlimatname alınacaktır.” hükmüne istinaden 24 Şubat 1919’da kurumun taşra teşkilatnamesi yayınlanmıştır²⁶.

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye; 5 Mart 1918 tarihli kanunla kurulmuş, kurumun resmi açılışı 12 Ağustos 1918’de Şeyhülislam Musa Kazım Efendi tarafından gerçekleştirilmiştir²⁷.

C. Darü'l-Hikmeti'l-İslamiye'nin Açılışının Entelektüel Camiadaki Yansımaları

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin açılışı, dönemin basın organlarında haber ve makaleler şeklinde yer almıştır;

Tanin Gazetesinin 13 Ağustos 1918 tarihli sayısında yer alan “Darü'l-hikmeti'l-İslamiye” isimli haberle kurumun açılışından haber veriliyordu. Meclis-i Mebusan’da kabul edilen kanun hatırlatılarak; Kurumun, İslam Dinini yaymak ve şer’i hükümleri çeşitli yönlerden savunarak ispat etmek amacıyla tesis edildiği bildirilmekteydi. Resmi açılışın 12 Ağustos 1918 tarihinde gerçekleştiği bilgisine yer verilen haberde Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyelerinin çalışması için Meşihat Dairesi’nde kullanılmayan eski kazaskerilik ve Meclis-i Tetkikat salonlarının ayrıldığı aktarılıyordu. Şeyhülislam Musa Kazım Efendi’nin bizzat katıldığı açılışta Fetva Emiri Rıza Efendi ile birçok devlet ricali hazır bulunmuştu. Kur’an tilaveti-nin ardından Meclis-i Meşayih Reisi ve Urfa Mebusu Saffet Efendi tarafından din ve dünya mutluluğu ile savaşta bulunan ordunun zaferi için dua edildi. Ardından Şeyhülislam Musa Kazım Efendi; “İki sene evvel tasavvur edilen (planlanan) ve bu defa kanun mucibince tesis buyrulmuş olan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye’yi kıraat olunan (okunan) Aşr-ı Şerifler ve hayırlı dualar ile teberrüken (bereket niyetiyle) küşad eyliyorum (açıyorum).” sözleriyle kurumun açılışını gerçekleştirdi. Ardından açılışta hazır bulunan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyeleriyle sohbet eden Şeyhülislam; “Bütüin mevcudatımızla (varlığımızla), hüsn-ü niyetle (güzel düşüncelerle) ve hiçbir şeyden fütur göstermeyerek (yılmadan) bir say-i mütemadi (devamlı gayret) ile çalışırsak Avn-ı İlahi (Allah’ın yardımı) ve Ruhaniyat-ı Cenab-ı Peygamberi (Hz. Peygamberin ruhani varlığı) ile Din-i Mübin-i İslâm’a (hak ve hakikati açıklayan İslâm Dinine) maşrıktan mağribe (doğudan batıya) neşre (yaymaya) ve her halde müdafaaaya muvaffik (başarılı) olacağımızı temin ederim.” ifadelerini kullandı²⁸.

Müderris Şerefettin Efendi²⁹, İslâm Mecmuasında kaleme aldığı “Dâru ’l-Hik-

²⁶ Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Taşra Teşkilatnamesi (1337) 4(44) Ceride-i İlmiye 1288-1289.

²⁷ Albayrak, “Son Devrin İslâm Akademisi” (n 14) 73-74; Yakut, “Meşihat” (n 1) 31.

²⁸ Anonim, “Darü'l-hikmeti'l-İslamiye” (1334) 11(3474) Tanin 3.

²⁹ 1880 yılında İstanbul Kocamustafapaşa’da dünyaya gelen Mehmet Şerefettin Yaltkaya, 1912 yılında kazandığı Ruûs imtihanı sonrasında Beyazıt Camii’nde ders vermeye başladı. Gelenbevi, Dârüşşafaka, Vefa ve Kandilli Kız liselerinde Arapça, Farsça, edebiyat ve din dersleri okuttu. İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi’nde ordinaryüs profesör olarak görev yaptı. İlk Diyanet İşleri Başkanı Rifat Börekçi’nin vefatı sonrasında 1942 yılında Diyanet İşleri başkanlığı görevini

meti'l-İslâmiye'nin Küşadı Münasebetiyle" isimli yazısında Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin açılmasını taktirle karşılamaktaydı. Şerefettin Efendi makalesine, insanın yaratılışına en uygun dinin, İslam olduğunu belirterek başlıyordu. İnsanlar, ömürleri boyunca dinin gereklerinden uzak dursa da çaresiz duruma düştüğü hallerde Yaratıcıları ile olan bağın farkına vararak kendilerinden kaynaklanan uzaklıkları ortadan kaldıracaklardır. İnsanlar içlerinde binlerce şüphe taşıyor olsa da Yaratıcının varlığına inanmakta ve içine düştüğü şüphe karanlıklarına rağmen Yaratıcıdan gelen işaretleri hissetmektedir. İslam dini, böylesine insanın tabiatına uygun olmasına rağmen, insanlar kendilerini hak dinin gereklerine çağırarak uyarılara ihtiyaç duyarlar. Şerefettin Efendi, son zamanlarda bu yönde yapılan çalışmaların azalması nedeniyle, gençlerin yalnızca kalplerinde taşıdıkları yaratılışlarından gelen iç sesleriyle doğru yolu bulmaya çalıştıklarını ifade etmekteydi. Ayrıca dünyanın birçok yerinde İslam dini aleyhinde yayınlar yapılması sebebiyle, İslam alimlerinin var olan dahili görevlerinin yanına harici görevler de eklenmişti. Yazara göre hak din olan İslam'ın anlatılması diğer dinlere kıyasla çok daha kolaydır. Nitekim Batı'da yaşayan başka din mensuplarından birçok kişi İslam dinine yönelmektedir. Dinin tebliğinin fevkalade önem arz ettiği böyle bir dönemde bu görevi resmi olarak yerine getirecek Darü'l-hikmeti'l-İslamiye gibi bir kurumun oluşturulması memnuniyet vericidir. Kurumun gerek yurt içinde gerek yut dışında yerine getireceği İslam hakikatlerinin yayılmasına yönelik hizmetleri son derece sevindiricidir³⁰.

D. Darü'l-Hikmeti'l-İslamiye'nin Teşkilat Yapısı ve Çalışma Usulü

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye, Meşihat Makamı'na bağlı olarak fıkıh, kelim ve ahlak adında üç komisyon şeklinde teşkilatlanmıştır. Her komisyon üç üyeden meydana gelmekteydi. Kurumun, bir başkan ile en az dokuz en fazla 21 üyeden oluşması öngörülmüştür. Kurumda bir başkatip ve üç adet birinci sınıf, üç adet ikinci sınıf kâtip görev yapmıştır. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye nizamnamesinin 12. maddesinde; kurumun başkan, başkatip ve üyelerin seçiminin bizzat şeyhülislam tarafından gerçekleştirilerek padişahın onayına sunulacağı belirtilmiştir.³¹ Kurumun ilk teşkili esnasında geçerli olan bu atama usulü, sonradan seçilecek üyeler için Darü'l-hikmeti'l-İslamiye talimatnamesinin 35. maddesinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre Darü'l-hikmeti'l-İslamiye heyetinin gösterdiği üç aday arasından Meşihat Makamının tercih ettiği kişi üye olarak belirlenecekti³².

Üyeler düzenli olarak haftada bir kere, ayrıca gerekli durumlarda başkanın daveti üzerine haftanın diğer günlerinde toplantı gerçekleştirebilirdi. Haftanın toplantı gerçekleştirilmeyecek en az bir gününde üyeler bir araya gelecekti. Geriye kalan

üstlendi. Vefat ettiği 1947'ye kadar bu görevi devam ettirdi. İsmail Kara, "YALTKAYA, Mehmet Şerefettin" (2013) C. 43 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 308-310.

³⁰ Şerefettin Efendi "Dâru'l-Hikmeti'l-İslâmiye'nin Küşadı Münasebetiyle" (1334) 5(61) İslâm Mecmuası 1161-1162.

³¹ Ceride-i İlmiye (n 24) 1061- 1063.

³² Ceride-i İlmiye (n 25) 1201.

günlerde ise kurum binasında veya kendi başlarına özel olarak çalışacaklardı. Üyelerin de kurulu toplantıya çağırma yetkisi bulunmaktaydı. Ancak üyelere gelen toplantı davetlerine katılımın zorunlu hale gelebilmesi, davetin en az üç üye tarafından gerçekleştirilmiş olmasına bağlıydı. Toplantıların başlayabilmesi için üyelerin çoğunluğunun toplantıya katılması aranırken yapılan toplantıda karar alınabilmesi için toplantıya katılan üyelerin üç de ikisinin kabul kararı yeterli görülmekteydi.

Talimatnamenin 15. maddesi üyelerin kaleme alacağı eserlerde yararlanacağı kaynaklar; konuyla ilgili ayetler, tefsirler, hadis-i şerif şerhleri ve son olarak alimlerin konuyla ilgili daha önceden yazdığı eserler şeklinde sıralanmıştı. Doğrudan Darü'l-hikmeti'l-İslamiye mührü taşıyan veya kişiye ait imza taşımakla beraber kurumca onaylanan yazılı eserler kurumun resmi yayını olarak kabul edilmiştir. Üyeler tarafından kaleme alınmış olsa dahi kurumun onayından geçmeyen eserler ise şahsi yayınlar olarak kabul edilmişti³³.

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin taşra yapılanmasının, her bir yerleşim yerinde bulunan müftünün başkanlığında, yerel müderris ve alimlerden oluşan encümenler şeklinde oluşturulması öngörülmüştür. Yerel yetkililer tarafından en az üç en fazla dokuz üye olarak belirlenen taşra encümenleri, faaliyetlerini herhangi bir bedel almaksızın fahri olarak yerine getirmiştir. Taşra encümenlerinin haftada en az bir gün toplanması öngörülmüştü. Üyelerin görevi ise Taşra Encümenleri Talimatnamesi'nin beşinci maddesinde; kasaba ve köylerde yaşayan bütün Müslümanların inanç, ahlak ve davranışlarındaki eksiklik ve bozulmaların giderilmeye çalışılması olarak açıklanmıştı. Taşra görevlileri, özellikle halkın beş vakit namazını cemaatle kılınmasını temin etmeye özen göstererek bu konuda gerekli uyarı ve bilgilendirmelerde bulunacaklardı. Bizzat müftü ve taşra encümeni üyeleri eğitim kurumlarındaki dini eğitimi gözlemleyerek çocukların dini terbiyelerinin geliştirilmesine ve inançlarının korunmaya çalışacaklardı. Ayrıca taşra teşkilatı, yaptığı çalışmalarını ve ortaya çıkan sonuçları düzenli olarak Darü'l-hikmeti'l-İslamiye merkezine bildirmekle görevlendirilmişti³⁴.

II. DARÜ'L-HİKMETİ'L-İSLAMİYE ÜYELERİNİN AHLAK KONUSUNDA KALEME ALDIĞI MAKALELER

Yukarıda değinildiği üzere Darü'l-hikmeti'l-İslamiye; fıkıh, kelam ve ahlak olmak üzere üç komisyondan oluşmaktaydı. Esasen kurumun ele alacağı bütün konular, netice itibariyle toplumun ahlaki yapısında olumlu etkiler oluşturmaya yönelikti. Nitekim Meclis-i Mebusan'da Darü'l-hikmeti'l-İslamiye hakkındaki kanun görüşmeleri sırasında söz alan Şemsettin Bey'in "...*halka her türlü fezail-i ahlakıyeyi (ahlaki faziletleri) telkine vâsıta olan esas, dindir.*" sözleriyle bu duruma işaret ediyordu. Halka, dini bilgilerin aktarılmasındaki esas hedef güzel ahlak sahibi birey-

³³ İbid 1198-1202.

³⁴ Ceride-i İlmiye (n 26) 1288-1289.

lerden oluşan bir toplum inşa edebilmektir³⁵. Basra mebusu Mehmet Hilmi Efendi de kurumun ahlak konusundaki görevinin önemi şu ifadelerle dile getiriyordu: “Üçüncüsüne gelince, bu, ahlak kısmıdır ki, bendenizce en mühim...nokta olarak gördüğüm için bu kısma daha ziyade ehemmiyet verilmesini arz edeceğim. Hükümetleri, milletleri yaşatacak müessir-i içtimai (toplumsal etken), fazail-i ahlakiye (ahlaki erdemler) olduğu herkesçe müsellemler bulunduğundan...”³⁶.

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye kanun teklifinin Meclis-i Ayan görüşmelerinde söz alan Ahmet Rıza Bey, halka İslam dinine ait bilgilerin anlatılmasının netice itibarıyla topluma güzel ahlak kazandırmayı sağlayacağını şu şekilde ifade etmişti:

“Darü'l-hikmede bir de ahlâk encümeni var. Bu encümenin vazifesi; gazetelerle, risalelerle avam (alt tabakaya) ve havasa (seçkin sınıfa) ahlâk-ı İslâmiyye'yi (İslam ahlakını) neşr (yayımlamak) ve tamim (yaymak) olacaktır deniyor. Bu hakikaten lâzımdır. Zaten hakaik-i diniyyeyi (dinin hakikatlarını) neşr ve tamim etmekten maksat da mekarim-i ahlâkiyyeye (güzel ahlaka) hizmet eylemektir. Milletın buna ihtiyacı pek büyüktür. Hal-i harp (savaş ortamı) ve harbin netayic-i seyyiesinden (kötü sonuçlarından) olan açlık, yoksulluk, ahlâk-ı umumiyeyi (toplumsal ahlakı) büsbütün bozdu. İnsanlarda vahşet, kin ve garaz hislerini uyandırdı”³⁷.

Bu açıdan bakıldığında; Darü'l-hikmeti'l-İslamiye kurumunun yaptığı çalışmalar ve üyelerin İslam diniyle ilgili farklı konularda kaleme aldığı eserlerle, halkın dini bilgilerin öğrenilmesini sağlanarak dolaylı da olsa toplumdaki ahlaki problemlerle mücadele edilmesi amaçlanıyordu.

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyeleri kurum çalışmaları kapsamında kaleme aldıkları makaleleri, Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin resmi yayın organı niteliğindeki Ceride-i İlmiye isimli dergide yayımlamaktaydı. Ceride-i İlmiye, 1914 yılında Meşihat Makamının resmi yayın organı olarak yayın hayatına başlamıştı. Derginin yönetimi, 1918 yılından itibaren Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'ye devredildi. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyeleri arasından 13 yazar, Ceride-i İlmiye'de toplam 133 adet makale kaleme almıştır. Bu makalelerden 53'ü kelam, 46'sı itikat, 18'si siyer, 7'si ibadet, 6'sı ahlak, 3'ü felsefe hakkındadır³⁸. Çalışmanın bu bölümünde ahlaka dair kaleme alınan 6 adet makale³⁹ incelenecektir.

³⁵ MMZC. D.3 C. II (n 14) 37.

³⁶ İbid 42.

³⁷ MAZC. D.3 C. I (n 19) 458.

³⁸ Amine Nuriye Çıtrık ve Zeki Salih Zengin, “Ceride-i İlmiye Dergisi'nin Yaygın Din Eğitime Katkısı” (2020) 3(2) Dini Tetkikler Dergisi 453.

³⁹ Nuriye Çıtrık ve Zeki Salih Zengin, “Ceride-i İlmiye Dergisi'nin Yaygın Din Eğitime Katkısı” isimli çalışmalarında Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyelerinin kaleme aldığı eserlerin konu tasnifini gerçekleştirmiştir. Ahlaka dair yazılan makale isimlerini paylaşma nezaketi göstermelerinden dolayı kendilerine teşekkürlerimizi sunuyoruz.

A. Tövbe- Mehmet Hamdi

Elmalılı Muhammed Hamdi (1878-1942) Antalya'nın Elmalı ilçesinde doğmuştur. Soyadı kanunu sonrasında babasının köyü olan Yazır soy ismini almıştır. II. Meşrutiyet'in ilk meclisinde Antalya vekili olarak bulunmuştur. Damat Ferit Paşa'nın ilk iki hükümetinde Evkaf nâzırı olarak görev yapmıştır. Hak Dini Kur'an Dili isimli tefsiri, TBMM'de Türkçe kaleme alınacak bir tefsir hazırlama görevinin kendisine verilmesi üzerine on iki yıl süren çalışmasının eseri olarak ortaya çıkmıştır⁴⁰. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'ye 4 Ağustos 1334 yılında üye olarak seçilen Elmalılı Hamdi, 2 Nisan 1335'te kurumun başkanlık görevini üstlenmiştir⁴¹. Tövbe isimli yazısı, Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyesi olarak Ceride-i İlmiye'de yayımlanan tek makalesidir⁴².

Makale, Tahrir suresinin 8. ayetinin ilk cümlesi ve açıklamalı meali ile başlamaktadır⁴³. Sonrasında yazar samimi bir anlatımla topluma içinde bulunduğu halde olmaması gerektiğini anlatmaktadır. Yazara göre Müslümandan beklenen; yenilgi, açlık ve sefalet içinde bulunmak değil bütün insanlığa örnek olacak bir toplum teşkil edebilmektir. Yazar okuyucuyla sohbet eder bir tarzda “*Sana şimdi neden bu haldesin diye sorsam kaderimde böyle olmak varmış deyip kestirip atacaksın.*” şeklinde konuya giriş yapmaktadır. Ancak yazara göre insana düşen; başına gelenlere kadedendir diye ağlamaktansa problemler ortaya çıkmadan önce önlem alıp olumsuzlukların önünün en baştan kesilmesidir. Ancak tedbir almasına rağmen bir sıkıntıyla karşılaşan insan, yaralarını tedavi edebilmek için kendine çeki düzen vermeli ve toparlanmaya çalışmalıdır. İşte tam bu noktada başına gelen kötülüğe “*kaderde bu da varmış*” ilacıyla yaklaşip yararlarını sarmak için güç toplamalıdır⁴⁴.

Bununla birlikte, yazara göre insanın karşılaştığı olumsuz hadiseler daha önce işlediği kötülüklerin veya yapmadığı vazifelerinin sonucunda başına gelmektedir. Yazar bu düşüncesini alimlerin dile getirdiğini belirttiği; “*Kader senin değil sen kaderin pişdarısın (öncüsüsün)*” sözünü temellendirmektedir. İnsan kendi kaderini yapıp ettikleriyle kendisi tayin etmektedir. İnsanların öncesinde nasıl davranacağını bilen yaratıcı, kaderi ona göre takdir etmiştir. Bu nedenle insan yaptığı işlerin mesuliyetini kadere havale edemez. Yazar makalenin bu noktasında başlangıçta neden bu haldeyiz şeklinde okuyucuya yönelttiği soruya şu şekilde cevap vermiştir: “*Günahımız çok olduğundan bu haldeyiz.*” O halde insan olana düşen hatalarını kabul ve itiraf ederek iyiliğin, doğruluğun yayılması için gayret göstermektir. Böylece günahlarından ders alarak tövbekâr olan kişi geçmişten ders çıkararak güzelliklere yönelebilecektir⁴⁵.

⁴⁰ Yusuf Şevki Yavuz, “Elmalılı Muhammed Hamdi” (1995) C. 11 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 57-62.

⁴¹ Albayrak, “Son Devrin İslâm Akademisi” (n 14) 171.

⁴² Akman (n 15) 163.

⁴³ “Ey iman edenler! İçtenlikle ve kararlılık içinde Allah'a tövbe edin. Umulur ki rabbiniz kötülüklerinizi örter ve sizi altından ırmaklar akan cennetlerine koyar.” Tahrir, 66/8.

⁴⁴ Mehmet Hamdi, “Tövbe” (1337) 4(41) Ceride-i İlmiye 1208- 1209.

⁴⁵ Hamdi (n 44) 1209-1210.

Yazar İslam dinini bir ağaca benzetmektedir. Bu din ağacının kökleri iman, dalları farzlar ve vacipler, yaprakları ise sünnet ve nafîle ibadetlerdir. Bir ağacın meyve verebilmesi için nasıl dal ve yapraklara ihtiyacı varsa din ağacının meyve vermesi de yapılacak ibadetlere bağlıdır. Aksi takdirde sadece kuru kökten ibaret olan imanın güzel bir meyve vermesi mümkün olmadığı gibi ibadeti olmayan kişinin de din ağacının meyvesini toplaması mümkün değildir. Mehmet Hamdi makalesinin sonunda; bütün hataların sonuçlarının farklı olduğunu, örneğin çalışmamanın açlıkla, dolsuz kalanın perişanlıkla, cahillerin tehlikelerle, zalimlerin intikamla karşı karşıya kalacağını belirtmiştir. Dolayısıyla hangi hatanın hangi olumsuzluklara neden olduğunu anlayan ve onlardan kaçınan kimse mukadderatını (başına gelecekleri) kendi eliyle belirlemiş olur. Yazara göre, toplum günahlarının farkına vararak bunlardan bağışlanma dilemeli ve başına gelen felaketlerden ders çıkarmalıdır⁴⁶.

Makale, halkın anlayışına uygun sohbet havasında kaleme alınmıştır. Makalede yer alan konuyla ilgili ayet, hadis ve daha önceden yazılmış ilmi eserlerden atıflar yapılması Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Talimatnamesi'nin 15. maddesinde gösterilen usule uygun yazıldığını göstermektedir⁴⁷. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin fıkıh komisyonunda görev yapan Elmalılı Hamdi'nin güzel ahlak hakkında yazdığı bu makale, Zekeriya Akman'ın Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin işleyişiyle ilgili dile getirdiği; “*Kuruluş Kanunu'nda kurumun yapısının, bünyesinde kurulan Fıkıh, Kelâm ve Ahlâk adlarında üç komisyondan oluşacağı belirtilmişse de faaliyetlerine baktığımızda komisyon ayrımının yapılmadığını görmekteyiz.*”⁴⁸ şeklindeki yorumunu destekler niteliktedir.

B. Emr-i Bi'l-Maruf Nehy-i Ani'l-Münker'in Lüzum-ı İçtimaisi- Mustafa Refik

Mustafa Refik Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyeliğine 9 Aralık 1919 tarihinde atanmıştır. İncelemekte olunan makaleyle birlikte Ceride-i İlmiye'de, Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyesi olarak toplam üç makalesi yayımlanmıştır. Diğer iki makalesinin isimleri; “*Tövbe ve Rücu*” ile “*Menabi-i Zinûb*”dur⁴⁹. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin 11 Ekim 1920 tarihli toplantı kararı doğrultusunda İstanbul Yeni Camide yapacağı vaazları gazetelerde ilan edilmek süratıyla halka duyulmuştur⁵⁰.

Makale Cuma günlerinin Müslümanlar için öneminden bahsederek başlamaktadır. Cuma namazı sayesinde insanlar birbirleriyle buluşup görüşebilmektedirler. Göremediği kimse olursa sorup araştırmak ise İslamiyet'in güzel adetlerindedir. Müslümanlar böyle önemli günlerde birbirlerini güzelliklere yönlendirerek emr-i bil maruf nehy-i anil münker (iyilikleri emredip kötülüklerden sakındırma) görevlerini

⁴⁶ İbid 1210-1212.

⁴⁷ Ceride-i İlmiye (n 24) 1199.

⁴⁸ Akman (n 15) 57.

⁴⁹ İbid 176.

⁵⁰ İbid 89.



yerine getirmiş olurlar. Bu görev İslam toplumunda inhilal (bölünme) ve izmihlale (yıkılma) tehlikesine karşı büyük bir savunma vazifesi görmektedir. Yazara göre Asr Suresi, iyilikleri emredip kötülüklerden sakındırma görevini Müslümanlara emretmektedir.⁵¹ Aynı şekilde Al-i İmran Suresinde yer alan “Siz, insanlar için ortaya çıkarılmış en hayırlı ümmetsiniz. İyiliği emredersiniz, kötülükten alıkoysunuz.”⁵² ayetiyle birlikte pek çok ayet-i celile de bu görevi ifade eden Müslümanların diğer ümmetler arasında ayrıcalıklı bir konuma sahip olduğunu göstermektedir. İyilikleri emredip kötülüklerden sakındırma Müslümanlar için öyle bir vazifedir ki imandan sonra yükselmenin ve ileriye girmenin en önemli sebebidir⁵³.

Toplumun içinde bulunduğu durum, ayet-i kerimede ümmetin mutluluğu için gerekli ve yeterli gösterilen bu görevi yerine getirmede kusurlu davranmasından kaynaklanmaktadır. O halde her bir Müslüman, üzerine yüklenen iyiliği emredip kötülüklerden sakındırma görevini hiçbir çıkar gözetmeden yerine getirirse dini ve dünyevi yaşantısında büyük faydalar elde edeceğinden şüphe edilmez⁵⁴.

Yazarın bu göreve delil olarak gösterdiği diğer bir hüküm ise Maide suresinin ikinci ayetinde yer alan “İyilik ve takvâ hususunda yardımlaşın, günah ve haksızlık yolunda yardımlaşmayın.”⁵⁵ cümlesidir. Yazara göre iyiliklere emredip kötülüklerden sakındırmak, İslam cemaatinin bölünmeye sürükleyecek sebeplere karşı yardımlaşmayı içinde barındırır. İslam’ın bu emri, Müslümanlara medeniyetin bir gereği olarak ilerleme ve yükselmeleri sırasında uğrayabilecekleri ahlaki ve sosyal bozulmalara karşı mücadele etmede tam isabetli ve yerinde bir vazife yüklemektedir. Bu hüküm; insanların iyiliklerde birbirlerine destek olmasını, zulüm ve haksızlıkta ise birbirini engellemeyi emretmesiyle ayrılık ve nefretin çaresi göstermiş olmaktadır⁵⁶.

Tevhit (birlik) dinine sarılan Müslüman cemaat; birlik ve dayanışma kuvvetini sağlayan hareketlerini korumak için şahsi ve ailevi kötü ahlakın zararlarından çekinmeye özen göstermelidir. Birbirine zarar vermenin, başkalarının kötülüğünü istemenin, çıkarıcılığın sebebi olan birbirine düşme ve ayrılık din tarafından kötü görülen davranışlardır. “Kuşkusuz Allah katında din İslâm’dır. Kitap verilenler, ancak kendilerine ilim geldikten sonradır ki, aralarındaki hak tanımazlık yüzünden

⁵¹ Yazar, Asr sursinin mealini şu şekilde vermektedir: “Hayret feza-i ukul (akılları şaşkınlıkta bırakan) pek çok tahavvülât (değişimler) ve inkilabat (dönüşümler) tecelligahı (görünme yeri) asra, dehre (çağa), zamana kase ve yemin ederim ki insanlar muhakkak hüsrân (zarar) ve dalal (sapkınlık) içindedirler. Ancak iman ve amel-i salih (dince makbul olan güzel iş) ile İslam binasını korumuş ve menafi ve müdarine (fayda ve zarardan korunmaya) ait lüzumlu vesayayı (öğütleri) yapmakla esasları takviye etmiş (kuvvetlendirmiş) olanlar ve ticaret etmiş ve cay-ı selameti (kurtuluş yerini) bulmuştur.” Asr, 103/ 1-7; Mustafa Refik, “Emr-i Bil Maruf Nehyi Anil Münker ‘in Lüzum-u İctimâisi” (1338) 5(60) Ceride-i İlmiye 1917.

⁵² Al-i İmran, 3/110.

⁵³ Refik, “Emr-i Bil Maruf” (n 51) 1917-1918.

⁵⁴ İbid 1918.

⁵⁵ Maide, 5/2.

⁵⁶ Mustafa Refik, “Emr-i Bil Maruf” (n 51) 1918.

*ayrılığa düştüler*⁵⁷ ayeti Müslümanlar arasında ayrılığa düşmenin yasaklanması-
nın delilidir. İnsanlar, Allah'ın gönderdiği kitaplardaki bilgileri bilmelerine rağmen
kötülüğe yönlendiren nefislerini dinlemeleri nedeniyle yani düşmanlık yoluyla ay-
rılığa yönelmişlerdir. Bunların içine düştükleri muhalefet kabul edilebilir değildir.
Doğruyu bulup anladıktan sonra çıkan bu ayrılık ancak inattan kaynaklanmaktadır.
Kitap ve sünnetin tayin ettiği birlik olma yolundaki “*Doğrularla beraber olun.*”⁵⁸
İlahi emrine uymanın farz olduğu şüphesizdir⁵⁹.

Makalenin kapanışı; ümmetin (Müslümanların) ihtilafının (fikir ayrılığı yaşaması)
rahmet (merhamet/şefkat) olduğu hakkındaki hadis-i şerifin ne şekilde anlaşılması
gerektiği hakkında bilgi verilerek yapılmaktadır⁶⁰. Mustafa Refik'e göre buradaki
ihtilaf; Allah'ın birliği ve İslam'ın esasları hakkındaki ayrılık değildir. Çünkü bu
temel değerlerde yaşanan fikir ayrılıkları; hevesine göre hareket etmeyi netice ver-
mekle beraber insanı Allah'a karşı olan görevlerini yapmaktan alıkoymaz. Ancak içtihat
yapabilecek nitelikteki din alimlerinin İslam hükümlerindeki kolaylıkları göstermek
amacıyla farklı görüşleri benimsemeleri Müslümanlar için rahmet olan ayrılıktır⁶¹.

Mustafa Refik, Asr Suresi ve dört farklı ayette yer alan hükümler doğrultusunda
iyiliklere emredip kötülüklerden alıkoyma görevini açıklamıştır. Yazarın makalede
ağdalı bir anlatım tercih ettiği görülmektedir. Toplumun yanlışlıklara karşı uyarılarak
iyiliklere yönlendirilmesi şeklindeki konu, yazarın üslup seçime etki etmiş olabilir.
Yazar her ne kadar bu görevin ayrı ayrı bütün fertlere ait olduğunu belirtmiş olsa da
makalenin hedef kitesinin daha çok halkı dini konularda bilgilendirmekle görevli
müftü ve imamlar⁶² olduğu düşünülebilir. Yazar, hedef aldığı okuyucu kitleyi göz
önüne alarak nispeten zor anlaşılır bir üslup tercih etmekte sakınca görmemiş olabilir.

C. Cesaret-i Cahilane- Ahmed Rasim Avni

Ahmed Rasim, 1880 yılında Şebinkarahisar'da dünyaya geldi. İstanbul Beyazıt
Camii ve Sahn Medresesinde müderrislik yaptı. 13 Mart 1919 'de Darü'l-hikme-

⁵⁷ Al-i İmran, 3/19.

⁵⁸ Tevbe, 9/119

⁵⁹ Mustafa Refik, “Emr-i Bil Maruf” (n 51) 1919.

⁶⁰ “Ümmetimin ihtilafı rahmettir.” (İhtilafu Ummeti Rahmetun) şeklindeki bu rivayet, halk arasında
ve birtakım İslâmî kaynaklarda hadis olarak ifade edilmektedir. Ancak hadis alimlerinin büyük
çoğunluğu tarafından, rivayetin güvenilir bir senede dayanmadığı bildirilmektedir. Bununla birlikte
bu sözün içerdiği anlam bakımından, İslam alimlerinin usulüne uygun şekilde gerçekleştirdikleri
yorum faaliyetlerinin Müslümanlar açısından kolaylık sağlaması hususunda doğru bir görüşü dile
getirdiği belirtilmektedir. Halil İbrahim Kutlay, “‘Ümmetimin ihtilafı rahmettir’ sözü üzerine bazı
mülâhazalar” (2004) 2(1) Hadis Tetkikleri Dergisi 104.

⁶¹ Mustafa Refik, “Emr-i Bil Maruf” (n 51) 1919.

⁶² Nitekim Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Taşra Encümenleri Talimatnamesinin yedinci maddesi; taşrada
bulunan müftü ve encümen üyelerinin kurum tarafından gerçekleştirilecek yayınları takip ederek,
eserlerde yer alan faydalı bilgilerin köylere varıncaya kadar tüm halka vaazlar yoluyla aktarılması
görevini yüklemektedir. Ceride-i İlmiye (n 26) 1288-1289.

ti'l-İslamiye üyeliğine atandı. Yazarın, Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyeliği sırasında Ceride-i İlmiye'de yayımlanan; “Cümel-i Hikemiye”, “Cesaret-i Cahilane”, “Marifetullah” ve “Dini Derler” adında dört adet makalesi bulunmaktadır⁶³.

Ahmed Rasim'e göre, insan ne kadar dahi ve bilgili de olsa son anlayabildiği şey; acizliği ve cehaletidir. Bu nedenle insanın ulaşabildiği son derece, hayret derecesidir. Çaresiz insan ne kadar acizdir ki bir an kendi vücudundan dahi gözünü çevirse kendi vücudunu da inkâr edebilir. İnsan ne önce yokken sonra var olmayı ne de hiç yokluk görmeden sonsuza kadar var olmayı aklına sığdırabilir. Mikroskop, pireden küçük canlıları görmesini sağlamasaydı bu canlıların varlıklarını kabul etmezdi. Telefon, telgraf ve tramvayın işleyişini ve elektriğin ışığa dönüştüğünü görmese onların varlıklarını da reddederdi. Ahmed Rasim, insanın ilm-i latifi (madde ötesi/ruha dair bilgileri) inkârını işte bu gördüklerini görmeden önce inkâr etmesine benzetmektedir⁶⁴.

Fakat acizliğini bilen ve dikkatli davranan insanlar üzerinde iyice düşünüp araştırma yapmadıkları şeyleri inkâr etmezler. İnsan o fersiz gözüyle her şeyi göremez. Görebildiklerinden milyonlarca kez fazla şeyler vardır ki insan onları görebildiği ve hissedebildiği şeylerden hareketle kavrayabilir. Maddi varlıklardan bir pirenin üzerinde çok fazla miktarda mikrobun bulunabildiğini görerek veya duyarak öğrenen insanların, maddenin ötesinde bir İlahi bilgilerin olduğunu inkâr etmesi şaşılacak şeydir⁶⁵.

İnsanın kendisinde ve çevresinde şahit olduğu acayip işler ve garip hadiselerin kendisini hayrete düşürmemesi ancak gururundan ve doğru yolu kaybetmesinden kaynaklanır. Çaresiz, gururlu ve kendi iradesinden başka iradenin varlığının reddeden insan; İlahi bilgilerin varlığını kesin olarak ispat eden ruhani olayların her birine anlamsız bir isim takarak işin içinden çıkmak ve kendini bilgili göstermek istemektedir. Kendisinde ve diğer ruh sahibi canlılarda gördüğü İlahî ilhamları (Allah tarafından verilen duygu ve yönlendirmeleri), hissikablelvükü (önsezi) veya ilm-i gayr-i şuuri (içgüdü) adını vererek anladığını ve bildiğini zanneder⁶⁶.

Etrafını biraz dikkatli olarak inceleyen her insan; kibirli ve gururlu kişiler ile başkalarına eziyet ederek var olan düzeni bozanların sonunda başlarına kötü işler geldiğini, dünyada dahi bir cezaya uğradıklarını görebilir. Bu manevi işleri dikkatlice düşünenler, Malik-i'yevmiddin'i (Din günün gerçek sahibi Allah'ı) hiçbir zaman inkâr edemezler⁶⁷.

Ahmed Rasim, makalesinde kolay anlaşılır bir dil tercih etmiştir. Yazarın; topluma günlük hayattan örnekler vererek madde ötesi hayatın varlığını ispatlamaya çalıştığı ve insanları bu konular üzerinde düşünmeye davet ettiği görülmektedir.

⁶³ Akman (n 15) 168-169; Albayrak, “Son Devrin İslâm Akademisi” (n 14) 150.

⁶⁴ Ahmed Rasim Avni, “Cesaret-i Cahilane” (1339) 7(69) Ceride-i İlmiye 2222-2223.

⁶⁵ Ahmed Rasim Avni (n 64) 2223.

⁶⁶ İdib 2223-24.

⁶⁷ İdib 2224.

D. Tövbe ve Rücu (72., 74-75. ve 76-77. Sayılarda)- Mustafa Refik⁶⁸

Tövbe ve Rücu isimli makalelerin ilk bölümü, Ceride-i İlmiye dergisinin 72. sayısında yer almıştır. Makalenin devam niteliğindeki diğer kısımları iki sayının ortak çıkarıldığı 74-75. ve 76-77. sayılı nüshalarda yayımlanmıştır.

1. 72. Sayı

İnsanlar, melek olmadığından “Allah’ın kendilerine verdiği emirlere karşı gelmeyen ve kendilerine emredilen şeyi yapan melekler vardır”⁶⁹ şeklinde ifade edilen meleklerle has özelliklere sahip değildir. Ancak aynı zamanda şeytan olmadıkları için her eylemleri zararlı olup elinden hiçbir faydalı iş gelmeyen bir varlık da değildirler. İnsan yaratılış itibarıyla hem iyilik ve güzelliklere hem de kötülük ve fenalıklara müsait bir varlıktır. İnsan; çeşitli nimetlere ve faziletlere sahip kılınmış, anlama ve düşünebilme yeteneğiyle donatılmış ve “*Andolsun biz Âdemoğluna şan, şeref ve nimetler verdik*”⁷⁰ İlahi kelamıyla yüceltilmiştir. Allah’ın hikmetine binaen, insanoğlunun gelişme göstermesi ve mutluluğu, başına gelen sıkıntı ve zahmetlere katlanmasına bağlanmıştır. Fazilet ve üstünlüklere sahip olabilmesi, mükafatlara hak kazanması, maneviyatının temizlenmesi; sürekli gayret gösterip mücadele içinde olmasına bağlıdır. Çünkü insan; bazıları her şeyi kendinden bilen (sıfat-ı rububiyet), bazıları kötülüklerle yönlendiren (sıfat-ı şeytaniyet), bazıları hayvani ihtiyaçlarını gidermeyi sağlayan (sıfat-ı behimiyet), bazıları ise yırtıcı havanlara has hallere (sıfat-ı subuiyet) yönlendiren arzu ve isteklerin etkisi altında sınava tabi tutulmaktadır⁷¹.

Bu sınavda her güzel şeyi kendinden bilerek kibre, gurura, övülme ve yüceltilme sevgisine talip olan insanlar; Firavun gibi “*Ben, sizin en yüce Rabbinizim!*”⁷² demeye cüret edecek kadar ileri gidebilirler. Kötülüklerle yönlendiren etkilerin altında kalanlar; çekememezlik, hile, fesat ve kötülüğe çağırma gibi hallere düşerler. Bu duruma düşen insanlar, kendilerini ve içinde yaşadığı toplumu kargaşaya sürükler. Hayvani iç güdülerin tesirinde kalanlar; zina ve eşcinsel ilişkilerin toplumda çoğalmasına sebep olacak şahsiyet bozuklukları sergiler. Yırtıcı hayvanlara has yönelimlere sahip olanlar ise; topluma karşı öfke, düşmanlık, şiddet ve hakaret eylemleri gerçekleştirirler. Bu dört kötü özellik; temel ve ana günahlardır. Ayrıca insanda bulunan bütün uzuvların da bu dört ana kaynaktan etkilenebilen yanları vardır⁷³.

İşte insanın Allah’a karşı görevlerini yerine getirmesine engel olabilecek bu haller; insana çocukluğundan itibaren bir mücadele sahası oluşturarak, bu özellik-

⁶⁸ Yazar hakkında bilgilere “Emr-i Bil Maruf Nehyi Anil Münker ‘in Lüzum-u İçtimaisi” isimli makalenin giriş kısmında yer verildiğinden burada tekrar edilmemiştir.

⁶⁹ Tahrîm, 66/6.

⁷⁰ İsra, 17/70.

⁷¹ Mustafa Refik, “Tövbe ve Rücu” (1340) 7(72) Ceride-i İlmiye 2352.

⁷² Naziât, 79/24.

⁷³ Refik, “Tövbe ve Rücu 72” (n 71) 2352- 2353.



lerini doğru yolda kullanıp kullanmadığını ölçmek için verilen imtihan araçlarıdır. Karanlık ve aydınlığın; gece ve gündüzün bir arada bulunmadığı gibi bu özelliklerin iyiye ve kötüye kullanılmaları da aynı anda gerçekleşmez. İnsana verilen akıl nimeti sayesinde insanda bulunan özellikler doğru yolda kullanılmazsa kalp memleketi düşmana terk edilmiş ve “*Andolsun eğer beni kıyamete kadar ertelersen, onun soyunu, pek azı hariç, (azdırarak) kontrolüm altına alacağım.*”⁷⁴ ayetinde beyan edildiği üzere şeytanın isteklerinin insanın üzerinde gerçekleşmesine boyun eğilmiş olunur. Ancak insan; tövbe ve pişmanlık duyarak akıl kuvvetini ciddi şekilde kullanırsa şeytanın kötülüğe götüren yollarını, rahmet ve kurtuluş yollarına döndürmüş olur⁷⁵.

Peygamberler de insanlara rehber olabilmek için aynı imtihanlara tabi tutulmaktadır. Hz. Peygamber’den rivayet edilen “*Küçük cihattan büyük cihada gidiyoruz*”⁷⁶ hadisi bu duruma delil teşkil etmektedir. Müslümanlara düşen, insan olmaları gereği düştükleri hatalardan pişmanlık duyarak; “*Ey mü’minler, hep birlikte tövbe ediniz*”⁷⁷ İlahi emrine uymak ve hatalarının farkına varıp bağışlanmayı dilemektir⁷⁸.

Yükselmeye ve ileriye gitmeye yarayacak her türlü faydalı işte; temiz bir düşünce ve doğru bir yönetimle mutlu bir medeniyet inşa edilebilir. Bu doğru yol üzerine olan yönetimle Mümin de kafir de yıkılmaktan ve yok olmaktan kurtulur. Nitekim “*Rabbin, halkları salih ve ıslah edici kimseler iken memleketleri zulmederek helak etmez*”⁷⁹ ayeti insanlık için kapsayıcı ifadelerle yer vermektedir. Buna göre; Allah, kendisini inkâr eden kafirlere karşı dahi kendi büyük ve kutsal hukukuna karşı bu dünyada müsaadekâr davranır. Ancak Allah; insanlar arasındaki kötülük, bozgunculuk, inat ve zulmünden kaynaklanacak kötülüklerin, kişisel ve toplumsal problemlere sebebiyet vereceğini ihtar etmektedir⁸⁰.

2. 74-75. Sayı⁸¹

Kafirler, Allah’ı inkâr etmelerine rağmen toplumsal zulümler ve sapkınlıklara girmemeleri halinde, Allah kendi büyük ve kutsal hukukunda müsamaha göstermektedir. Ancak Allah’ın, bütün insanlığı ilgilendiren toplumsal hakların çiğnenmesinin; topyekûn bozulma ve yok oluşa sebebiyet vereceğini bildirmesi, üzerinde düşünül-

⁷⁴ İsrâ, 17/62.

⁷⁵ Refik, “Tövbe ve Rücu 72” (n 71) 2353.

⁷⁶ Beyhaki, ez-Zühd, I/165.

⁷⁷ Nur, 24/31.

⁷⁸ Refik, “Tövbe ve Rücu 72” (n 71) 2354.

⁷⁹ Hûd, 11/117.

⁸⁰ Refik, “Tövbe ve Rücu 72” (n 71) 2354-2355.

⁸¹ Ceride-i İlmiye’nin bu sayısında yer alan bölüm, 72. sayıda yer alan makaleye kaldığı yerden devam etmektedir. Metinler; iki farklı sayıya yazılmış birbirini takip eden makalelerden çok tek bir makalenin ikiye ayrılarak yayımlandığı izlenimi sergilemektedir. Nitekim 74-75. sayıda yer alan yazının girişi; “İşte Cenab-ı Vacibul Vücutun bu ayet-i celile ve emsali ayette...” şeklinde bir önceki yazının sonunda yer alan Hûd Suresi’nin 117. ayetine doğrudan atıf yaparak başlamaktadır.

mesi gereken bir durumdur. Mümin, bunun bilincinde olmalı ve insanlık ailesinin düzeninin bozulmasına sebep olacak hareketlerden uzak durmalıdır. Binlerce hatta milyonlarca insanın hakkının çiğnenmesine sebep olabilecek böyle hatalardan kaçınmanın ne kadar önemli olduğu açıktır. “Öyle ise emrolunduğun gibi dosdoğru ol”⁸². İlahi emrine karşı “Beni Hûd Suresi ihtiyarlattı”⁸³ buyuran Hz. Peygamber, bütün görevlerde doğru yol üzerinde bulunmanın zorluğuna işaret etmiş olmaktadır⁸⁴.

İnançla ilgili doğru yol; şan ve şeref sahibi olan yüce Allah’ı başka varlıklara benzetmemek veya bütün mükemmellikleri kendinde barındıran, varlığı muhakkak olan Cenab-ı Hakki kendisine layık sıfatlarından ayrı düşünmemek ve ona layık sıfatları değiştirmemektir. İslam alimlerinin bugüne kadar iman gerçekleriyle ilgili ortaya koyduğu eserler inanç noktasındaki doğru yolu ispata ve insanları Allah’a imana davete yeterlidir. Dinin diğer hükümleri ile ilgili doğru yol; yasaklar ve emirleri bilerek ona göre davranmak ve halini düzelterek hareket etmektir. Ahlaktaki doğru yol ise; bu konuda ayet ve hadislerin çizdiği sınırları aşmamak, İslam alimlerinin Kuran ve sünnet hükümlerinden çıkardığı terbiye kurallarına ve toplumsal yaşayış tarzına uymaktır⁸⁵.

İnsan, “Biz insanı bir sıkıntı ve zorluk içinde (olacak ve bunlara göğüs gerecek şekilde) yarattık.”⁸⁶ ayetinde bildirildiği üzere hayatı boyunca sıkıntı ve zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır. İnsan bu zorluklar içinde hatalar yaparak, düşe kalka ilerlerken; “Rahmetim, gazabımı aştı”⁸⁷ kutsi hadisinin verdiği müjde, günahkâr insana bir dayanak noktası oluşturmaktadır. Böylece insanîyet itibarıyla hata yapmaya çok müsait olan insan; tövbe, yalvarma, yakarma ve pişmanlıkla Allah’ın rahmetini üzerine çevirir ve “O, kullarından tövbeyi kabul edendir.”⁸⁸ İlahi vaadine ulaşmakla mutluluk duyar. Buradan hareketle tövbe etme ve Allah’a yönelmenin; Müslümanlar için kurtuluş yolu, İlahi rahmete erişme vesilesi ve Allah’ın bir hediyesi olduğu anlaşılır⁸⁹.

İçine düştüğü hatalardan dönmesi, tövbe yoluyla bu kadar kolaylaştırılmış olan insan; inat ve küfrü nedeniyle “Kahrolası (inkârcı) insan! Ne nankördür o!”⁹⁰ bedduasını hak eder hale gelmektedir. Kâinat içinde kendisine verilen iç ve dış donanımlar sayesinde istisnai ve özel bir konuma sahip olan insan; “İnsan, kendisinin

⁸² Hûd, 11/112.

⁸³ Tirmizî, Tefsîru sûre 56/6.

⁸⁴ Mustafa Refik, “Tövbe ve Rücu” (1340) 7(74-75) Ceride-i İlmiye 2465-2466.

⁸⁵ Refik, “Tövbe ve Rücu 74-75” (n 84) 2466-2467.

⁸⁶ Beled, 90/4.

⁸⁷ Buhârî, Tevhid, 22, 28, 55; Müslim, Tevbe, 15.

⁸⁸ Şûrâ, 42/25.

⁸⁹ Refik, “Tövbe ve Rücu 74- 75” (n 84) 2468.

⁹⁰ Abese, 80/17.

başıboş bırakılacağını mi zanneder”⁹¹ ayetinde de belirtildiği üzere yemesinde, içmesinde, hareketlerinde, aile ve toplumsal ilişkilerinde serbest bırakılmamıştır. İnsanın, yüksek hedefleri takip edebilmesi; zararlı arzu ve isteklerine karşı tövbe ve Allah’a yönelmesi ile mümkündür. İnsanın yaratılışındaki amaç, Allah’ı varlığını, birliğini tanıması ve O’na ibadet etmesidir. İnsana verilen bütün mükemmel yetenekler ve yüksek araçlar bu amaç uğruna çalışabilmesi için verilmiştir. Ancak bazı insanlar bu amaca ulaşabilirken bazıları da ulaşamaz. İnsanların yaratılış amacı; “Ben cinleri ve insanları, ancak bana kulluk etsinler diye yarattım.”⁹² şeklinde ifade olunan, İlahi kelimeler yoluyla insanlara bildirilen hükümlere uymak ve emredilen ibadetleri yerine getirmektir. Alimler ve tasavvuf erbabı da ortaya koyduğu eserlerle⁹³ insanlara bu hükümleri açıklayarak yol göstermektedir⁹⁴.

3. 76-77. Sayı⁹⁵

İnsanlarda günahların kaynağı olan dört sıfat bulunmaktadır. Bunlar zamanla birbirilerine etki ederek birbirinden farklı rezilliklerin ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. İnsanın doğumundan itibaren yeme içmeye karşı hırsı vardır. İkinci olarak başkalarına saldırma gibi nefrete ve vahşete sebep olan halleri bulunmaktadır. Bu iki sıfatın birleşmesinden aldatma, hile gibi davranışlar ortaya çıkar. En sonunda da gurur, böbürlenme gibi her şey üzerinde üstünlük ve idare etme iddiasını barındıran tavırlar meydana gelir. İşte bu doğal ve ilkel haller insanın bilinç kazanmasıyla birlikte terbiye edilip geliştirilmeli ve meşru düzlemine oturtulmalıdır⁹⁶.

Bu sıfatların her biri, insan vücudunun farklı organlarında farklı etkiler oluşturur. Örneğin kalp; yaratıcısını tanımamakla *küfre*, dinde olmayan şeyleri ilave edip batıl adet, mezhep ve inançlara saparak *bidatlara*, insanlar hakkında kötü düşüncelerle *nifaka* düşer. Bu kalp hasatlıklarının her biri, başta sayılan kötü sıfatların etkisiyle oluşur. İnsanın bu haller içinde süren mücadelesinde başarılı olması; “Şüphesiz Allah çok tövbe edenleri sever, çok temizlenenleri sever”⁹⁷ ayetindeki övgü ve mükafatla karşılanmaktadır. İnsanın göz, dil, üreme organı, mide gibi diğer tüm organları da

⁹¹ Kıyâmet, 75/36.

⁹² Zâriyât, 51/56.

⁹³ Mustafa Refik, bu konuda eser veren alimlere, İbnü'l-Hâc el-Abderî'nin Medhâlü's-şer'î's-şerîf isimli eserinden alıntı yaptığı beyit ile örnek vermektedir. İbnü'l-Hâcc; el-Medhâl isimli kitabında, Moğol saldırıları ve Haçlı seferleri sonrasında oluşan toplumsal ve ekonomik bozulmalara karşı İslam dininin doğru bir şekilde yaşanmasına katkı sağlamayı amaçlamıştır. Saffet Köse, “İbnü'l-Hâc el-Abderî” (2000) C. 21 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 52.

⁹⁴ Mustafa Refik, “Tövbe ve Rücu 74-75” (n 84) 2468-2469.

⁹⁵ Bu sayıda yer alan yazı, 72. ve 74-75. sayılarda makalelerde bulunan “Tövbe ve Rücu” başlığından farklı olarak “Menabi-i Zünub” (günahların kaynakları) başlığını taşımaktadır. Ancak yazının sağ üst köşesinde “74-75. Nüshanın Mabadi” (74-75. sayının devamı) ifadesi yer almaktadır.

⁹⁶ Mustafa Refik, “Tövbe ve Rücu” (1340) 7(76-77) Ceride-i İlmiye 2529-2530.

⁹⁷ Bakara, 2/222.

bu dört sifattan kaynaklanan büyük günahlarla karşı karşıyadır. Dil, yalan yere şahitlik ve yemin; üreme organı, zina ve eşcinsellik; el cinayet ve hırsızlık, mide de vakıf ve yetim malını yemek ile bu büyük günahlara düşer⁹⁸.

Mustafa Refik, makalesinin sonunda İmam Gazali ve İbn Abbas'ın günahları ne şekilde sınıflandırdıklarına yer vermiştir. Büyük günahların belirlenmesine ait farklı yaklaşımlar bulunduğunu belirten yazar, makalenin kapanışını el-Lekānî'nin Cevheretü't-tevhîd⁹⁹ isimli manzumesinden yaptığı alıntı ile gerçekleştirmiştir¹⁰⁰.

E. Darü'l-Hikmeti'l-İslamiye'nin Çalışmalarına Karşı Dönemin Basınında Yer Alan Tepkiler

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin yaptığı çalışmalar basında bazı eleştirilere sebep olmuştu. Sebilürreşad'da "*Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Hakkında*" ismiyle çıkan yazıda kurumdan istenilen faydanın sağlanamadığı bunun temel nedenin de üyelerin meselelerini gerektiği gibi düzenlememelerinden kaynaklandığı belirtilmişti. Yazıya göre ülkenin içinden geçtiği böylesine zor dönemlerde büyük ümitlerle açılan kurumun millete doğru davranış yollarını göstermesine büyük ihtiyaç bulunmaktadır. Halbuki Darü'l Hikme üzerine düşen görevleri gerektiği gibi yerine getirmemektedir. Kurumun ayda bir çıkardığı Ceride-i İlmiye dergisinde yer alan birkaç makale ile bu önemli görevi yerine getirmesi beklenmemelidir. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye gibi bir kurum oluşturulmadan da bu az sayıda makale rahatlıkla Ceride-i İlmiye'de yayımlanabilirdi. Yazıya göre kurumun bundan çok daha fazla neşriyatta bulunması gerekmektedir. Ayrıca Darü'l-hikmeti'l-İslamiye görevini tam olarak yerine getirebilmesi için gereken araçlara sahip değildir. "*Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Hakkında*" isimli yazının getirdiği çözüm önerisi ise Darü'l-hikmeti'l-İslamiye içinde bir heyet oluşturması ve oluşturulan heyetin memleketi dolaşarak sorunları yerinde tespit etmesidir. Ayrıca bütün İslam ülkelerinde yer alan alimlerden seçilecek her biri kendi sahasında uzman üyelerden meydana gelen bir ilim heyeti oluşturularak tespit edilen problemlere yönelik neşriyat gerçekleştirmelidir. Söz konusu iyileştirmeler için gerçekleştirilecek ilave harcamalar ise böylesine önemli bir vazife için yerinde olacaktır¹⁰¹.

Mahfil Dergisi'nde yer alan "*Hem Hakkı Beyefendi'yi Hem Darü'l Hikme'yi Tebrik*" isimli haber kurumun kendisinden beklenen görevleri yerine getirmekte yetersiz kaldığını ortaya koymaktaydı. Haber Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyesi İzmirli

⁹⁸ Refik, "Tövbe ve Rücu 76-77" (n 96) 2530-2531.

⁹⁹ Ezher müderrislerinden Eş'arî ve Maliki alimi el-Lekānî'nin (ö. 1041/1631) toplam 144 beyitten oluşan eseridir. Eserde yer alan konulardan biri, insanların ortaya koyduğu her fiilin yaratıcısının Allah olduğu; ancak insanların meydana getirdiği hatalardan kendi icrai davranışları (kesb) nedeniyle sorumlu olmaya devam ettikleridir. Emrullah Yüksel, "Cevheretü't-tevhîd" (1993) C. 7 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 457-458.

¹⁰⁰ Refik, "Tövbe ve Rücu 76-77" (n 96) 2531-2532.

¹⁰¹ Anonim, "Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Hakkında" (1335) 17(421-422) Sebilürreşad 39-40.

İsmail Hakkı tarafından çıkarılan “*Kitâbü'l-İftâ ve'l-kazâ*”¹⁰² isimli kitaptan duyulan memnuniyet dile getirilerek başlamaktadır. Yazının devamında Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kuruluşundan beri ciddi bir hizmette bulunamadığı ifade edilmiştir. Habere göre Darü'l-hikmeti'l-İslamiye, Ceride-i İlmiye'de yayımlanan birkaç makale ve beyannameden başka eser meydana getirememesi nedeniyle varlığıyla yokluğu ayırt edilemez haldedir. Esasında İsmail Hakkı'nın bu kitabı Darü'l-hikmeti'l-İslamiye neşriyatı sayılamayacak¹⁰³ olsa da Mahfil Dergisi tarafından kurumun bir hizmeti olarak gösterilmiş ve kurumdan benzeri eserlerin yayınlanmasına yönelik beklentiler dile getirilmiştir¹⁰⁴.

SONUÇ

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde karşı karşıya kaldığı uzun savaş yılları sonucunda meydana gelen ekonomik ve sosyal sıkıntılarının yol açtığı manevi, dini ve ahlaki problemlerle mücadele etmek için kurulmuştur.

Şeyhülislamlık kurumunun devlet idaresinde üstlendiği yetki ve görevler tartışmalara neden olmaktadır. Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin kuruluşu sırasında iktidarda bulunan İttihat ve Terakki Partisi, din ve siyaset ilişkisi hakkındaki yaklaşımı doğrultusunda Meşihat makamının adalet, eğitim gibi alanlardaki yetkilerinin olabildiğince sınırlandırılarak, İslâm dinin hakikatlerini topluma duyurması hakkındaki görevine yönlendirilmesi taraftarıydı. 1916 tarihli İttihad ve Terakki Cemiyet Programı bu yaklaşımı açıkça ortaya koymaktadır. Meşihat makamı içinde böyle bir kurulun oluşturulmasında ilmiye sınıfının asli vazifesine yönlendirilmesi hakkındaki söz konusu görüşün etkisi bulunmaktaydı. Örneğin Ziya Gökalp “*Diyanet ve Kazâ*” isimli makalesinde Meşihat'ın yalnızca asli vazifesi olan fetva işleriyle ilgilenmesi gerektiğini savunmaktaydı.

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin açılması hakkında gerçekleşen meclis görüşmeleri kuruma karşı iki farklı görüşü yansıtmaktadır. Görüşlerden ilki; böyle bir kurumun yıllarca süren savaşların getirdiği yoksulluk ortamında israftan öteye gitmeyeceğidir. İkinci görüş sahipleri ise kuruma ayrılan bütçenin yetersiz olduğunu ve toplumun ahlakını yükseltmek üzere tesis edilen böylesi bir kurum için gereken bütün fedakarlığın yapılması gerektiğini savunmuştur. Kurum, gerçekleştirdiği faaliyetler neticesinde kendisinden beklenen faydaları sağlayamadığına dair eleştirilerle karşılaşmıştır. Ceride-i İlmiye ismindeki yayın organında ayda bir yayınlanan maka-

¹⁰² Bu eser, İzmirli İsmail Hakkı'nın Sebülürreşad'da fetva ve kaza konusunda yazdığı makalelerin bir kitapta toplanmış halidir. Esra Yakut, “II. Meşrutiyet Dönemi'nde müftülerle ilgili gerçekleştirilen hukukî düzenlemeler” (2003) 3(1) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 45.

¹⁰³ Nitekim Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Talimatnamesi'nin 39. maddesi; “İmza ile yazılıp Dârü'l-Hikme heyetince tasvib edildiği (uygun bulunduğu) musarrah olmayan (açıklanmamış) makaleler hususî (şahsa ait) neşriyattandır.” hükmünü içermektedir.

¹⁰⁴ Anonim, “Hem Hakkı Beyefendiye Hem Darü'l Hikme'yi Tebrik” (1339) 1(4) Mahfil 72.

lelerin toplumun ahlakına olumlu tesir etmede yetersiz kaldığı eleştirilerin temel noktasını oluşturmuştur.

Darü'l-hikmeti'l-İslamiye üyelerinin kurum çalışmaları kapsamında kaleme aldığı makaleler Ceride-i İlmiye isimli resmi yayın organında neşredilmiştir. Çalışma kapsamında üyelerin ahlaka dair kaleme aldığı altı adet makale incelenmiştir. Yazarlar eserlerinde Kur'an ve hadislerden örnekler vererek meşhur alimlerin işlenen konu hakkındaki görüşlerinden alıntılar yapmıştır. İncelenen altı makaleden dördünün temel konusunu *tövbe* oluşturmaktadır. Mehmet Hamdi'nin makalesinin ismi Tövbe, Mustafa Refik'in üç ayrı sayıda yayımlanan makalelerinin genel başlığı ise Tövbe ve Rücu'dur. Tanınan ismiyle Elmalılı Hamdi toplumun içinde bulunduğu durumu "*Günahımız çok olduğundan bu haldeyiz.*" ifadeleriyle gerekçelendirmiştir. Yazar içine düşülen durumdan çıkış reçetesi olarak; cemiyeti oluşturan her ferдин hatalarının farkına vararak tövbe etmesi ve güzel davranışlara yönelmesini sunmaktadır. Mustafa Refik ise Allah'ın emirlerine uymanın ve herhangi bir hata yapıldığında pişmanlık duyarak yeniden doğruya yönelmenin insan olabilmenin esası olduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla yazıların içeriği değerlendirildiğinde Osmanlı Devleti'nin içine düştüğü felaketlerin temel nedenin toplumun işleye geldiği hatalar olduğu yönünde bir yaklaşım ortaya çıkmaktadır. Buna göre devletin eski güçlü zamanlarına dönmesinin en önemli çaresi; her bir ferдин Allah'ın emir ve yasaklarına karşı olan hatalarından pişmanlık duyarak hatalarından dönmeye çalışılmasıdır. Ahlak üzerine yazılan makalelerde üzerinde durulan bir diğer konu ise; iyiliklerin tavsiye edilerek kötülüklerden sakındırmanın yaygınlaştırılmasının önemidir. Mustafa Refik İslam literatüründe "*emri- bil maruf nehyi anil münker*" olarak ifade edilen bu yaklaşımın toplumsal yaşamdaki hayatiyetini vurgulamıştır. Bu görev sadece dini görevler üstlenenlerin değil her bir Müslüman'ın asli vazifesidir. Son olarak Allah'ın varlığına ve birliğine karşı olan inancın sarsılması toplumda baş gösteren ahlaki problemlerin temel kaynağı olarak gösterilmiştir. Ahmed Rasim Avni'ye göre son derece aciz olan insanın yaratıcısına olan nankörlüğü cahillikten kaynaklanan sahte bir cesaretin göstergesidir. Yazara göre çevresinde olup bitenler hakkında dikkatli şekilde düşünen her insan Allah'ın varlığının farkına varacaktır.

Dönemin yazılı basınında Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin yaptığı çalışmaların kuruluşunda kendisinden gerçekleştirmesi beklenen hedeflerden uzak kalması eleştirilere neden olmuştur. Ayda bir Ceride-i İlmiye'de yayımlanan sınırlı sayıda makalenin büyük umutlarla açılan Darü'l-Hikme için yeterli görülemeyeceği eleştirilerin odak noktasını oluşturmuştur.

KAYNAKÇA

- Akman Z, Dâru'l-hikmeti'l-İslâmiye kurumu (1918–1922), (2006) Doktora Tezi: Ankara Üniversitesi.
- Ahmed Rasim Avni, “Cesaret-i Cahilane” (1339) 7(69) Ceride-i İlmiye 2222-2224.
- Albayrak S, “Dârü'lihikmeti'l-İslâmiyye” (1993) C. 8 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 506.
- —, Son Devrin İslâm Akademisi Darü'-hikmeti'l-İslamiye, (İz Yayıncılık 2017)
- Anonim, “Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Hakkında” (1335) 17(421-422) Sebilürreşad 39-40.
- Anonim, “İntihar” (1337) 17(433-434) Sebilürreşad 143-144.
- Anonim, “Hem Hakkı Beyefendiye Hem Darü'l Hikme'yi Tebrik” (1339) 1(4) Mahfil 72.
- Çıtrık A N ve Zengin Z S, “Ceride-i İlmiye Dergisi'nin Yaygın Din Eğitime Katkısı” (2020) 3(2) Dini Tetkikler Dergisi 452-470.
- Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Nizamnamesi (1336) 4(36) Ceride-i İlmiye 1061-1063.
- Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Teşkilat Talimatnamesi (1337) 4(41) Ceride-i İlmiye 1198-1200.
- Dâru'l-hikmeti'l-İslâmiye Kanunnamesi Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası (1337) 4(41) Ceride-i İlmiye 1200-1202.
- Darü'l-hikmeti'l-İslamiye Taşra Teşkilatnamesi (1337) 4(44) Ceride-i İlmiye 1288-1289.
- Düstûr: II. Tertip / 9 (1335) 598-600.
- Emin Hakkı, “Tesettür, Fuhuş ve Esbab-ı Fuhuş” (1337) 1(42) İ'tisam 453-456.
- Gökalp Z, “Diyanet ve Kaza” (1331) 3(35) İslâm Mecmuası 756-760.
- İttihad ve Terakki Cemiyet Programı, (1332)
- İzmirli İsmail Hakkı, “İfta ve Kaza” (1332) 14(358) Sebilürreşad 157-158.
- —, “Müftü ve Kadı” (1332) 14(359) Sebilürreşad 169-171.
- Kara İ, “YALTKAYA, Mehmet Şerefettin” (2013) C. 43 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 308-310.
- Köse S, “İbnü'l-Hâc el-Abderî” (2000) C. 21 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 52.
- Kutlay H İ, “Ümmetimin ihtilafı rahmettir” sözü üzerine bazı mülâhazalar” (2004) 2(1) Hadis Tetkikleri Dergisi 81-104.

- Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi. (1914) Dönem 3 Cilt I.
- Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, (1914) Dönem 3 Cilt II.
- Mehmet Hamdi, “Tövbe” (1337) 4(41) Ceride-i İlmiye 1208- 1209.
- Mustafa Refik, “Emr-i Bil Maruf Nehyi Anil Münker ‘in Lüzum-u İçtimaisi” (1338) 5(60) Ceride-i İlmiye 1917-1919.
- —, “Tövbe ve Rücu” (1340) 7(72) Ceride-i İlmiye 2352-2355.
- —, “Tövbe ve Rücu” (1340) 7(74-75) Ceride-i İlmiye 2465-2469.
- —, “Tövbe ve Rücu” (1340) 7(76-77) Ceride-i İlmiye 2529-2532.
- Refi Cevad, “Ekmekler ve Melekler” (1337) 10(65) Alemdar 1.
- Sakallı B, “Millî Mücadelede Darü'l-hikmeti'l-İslamiye'nin Müdafaa-i Hukuk Cemiyetleriyle İlişkileri” (1993) 31(1-2) Türk Kültürü Araştırmaları, Prof. Dr. Oktay Aslanapa'ya Armağan 351-360.
- Şerefettin Efendi “Dâru'l-Hikmeti'l-İslâmiye'nin Küşadı Münasebetiyle” (1334) 5(61) İslâm Mecmuası 1161-1162.
- Yakut E, “II. Meşrutiyet Dönemi'nde müftülerle ilgili gerçekleştirilen hukukî düzenlemeler” (2003) 3(1) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 33-54.
- —, “Mütareke Döneminde İstanbul Hükümeti'ne Bağlı Çalışmalar Yürüten Bir Üst Kurul: Darü'l-hikmeti'l-İslâmiyye” (2018) 3(4) International Journal of Eurasian Education and Culture 44-56.
- —, Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Meşihat, Adliye, Maarif ve Hilafet 1918-1922, (Kitap Yayınevi 2020)
- Yavuz Y Ş, “Elmalı Muhammed Hamdi” (1995) C. 11 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 57-62.
- Yüksel E, “Cevheretü't-tevhîd” (1993) C. 7 Diyanet İslâm Ansiklopedisi 457-458.
- 1917 Tarihli İrade-i Seniyye (1335) 3(31) Ceride-i İlmiye 875.



PIERRE BOURDIEU DÜŞÜNÇESİNDE MODERN DEVLETİN BİLEŞENİ OLARAK SEMBOLİK SERMAYE VE EGEMENLİKLE İLİŞKİSİ

*Symbolic Capital as Component of the Modern State in the Thought
of Pierre Bourdieu and its Relationship with Sovereignty*

Alper IŞIK*

Özet

Modern devlet; ülke, insan ve egemenlik olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Son unsur olan egemenlik unsuru içerdiği anlam itibarıyla insanlar üzerinde mutlak bir üstünlük kurulmasını ifade etmektedir. Fransız sosyolog Pierre Bourdieu de modern devletin oluşumunu ele aldığı eserlerinde sembollere özel bir önem vermekte ve sembolik sermaye üzerinden bu üstünlüğü açıklamaktadır. Bourdieu düşüncesinde sembolik sermaye iktidar ilişkilerinin görünmeyen, sihirli boyutunu ifade etmektedir. Bu yönüyle sembolik sermaye, sermaye sahipleri ile ona tabi olanların iş birliğiyle iktidar ilişkisini ortaya çıkarmaktadır. Bourdieu bu ilişkinin sosyolojik temellerini ve çıkarlardan soyutlanmış olmasını iktidar ilişkisinin devamı için önemli görmektedir. Sembolik sermaye araçlarının kullanılmadığı bir iktidar ilişkisi zamanla yok olmaya mahkûm olacaktır. Sembolik sermayenin görünen sermaye ya da iktidar ilişkilerinin ötesinde sahip olduğu bu anlam, onun egemenlik kavramıyla birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir. Kuşkusuz egemenlik kavramını ortaya atan Jean Bodin'in düşünceleri de bu kapsamda önem arz etmektedir. Ancak egemenliğe Bodin tarafından atfedilen anlamla, Bourdieu'nün sembolik sermaye kavramının örtüştüğü durumlar olabildiği gibi, ayrıldığı yerler de olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Pierre Bourdieu, Jean Bodin, Sembolik Sermaye, Egemenlik, Sembolik İktidar

Abstract

The modern state consists of three elements; country, people and sovereignty. The last element, sovereignty, expresses the establishment of absolute superiority over people in terms of its meaning. French sociologist Pierre Bourdieu also gives particular importance to symbols in his works, examining the formation of the modern state and explaining this superiority through symbolic capital. In Bourdieu's thought, symbolic capital expresses power relations' invisible, magical dimension. In this respect, symbolic capital reveals the power relationship through the cooperation of capital owners and those subject to them. Bourdieu sees the sociological foundations of this relationship and its abstraction from interests as necessary for its continuation. A power relationship in which symbolic capital tools are not used will be doomed to disappear over time. This means that symbolic capital goes beyond visible capital or power relations and requires it to be evaluated with the concept of sovereignty. Undoubtedly, the thoughts of Jean Bodin, who

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.07.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, alper@sakarya.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3784-8297>.

introduced the concept of sovereignty, are also crucial in this context. However, there may be situations where the meaning attributed to sovereignty by Bodin overlaps with Bourdieu's concept of symbolic capital and where they differ.

Keywords: Pierre Bourdieu, Jean Bodin, Symbolic Capital, Sovereignty, Symbolic Power

GİRİŞ

Egemenlik düşüncesi, Jean Bodin'le birlikte ortaya çıktığından itibaren modern devletin açıklanmasında önemli bir işlevi yerine getirmiştir. Çünkü devletin diğer unsurları olarak kabul edilen ülke ve ulus unsurlarının somut uzantıları mevcutken, egemenlik daha çok soyut boyutuyla ele alınmaktadır. Üstelik egemenliği devletin diğer unsurlarından sıyıran da bu soyut ve gizemli yapısında yatmaktadır. Bu yüzden egemenlik daha ziyade eylemlerle ya da devletin belirli faaliyetlerinin bir sonucu olarak tanımlanmakta ve bu faaliyetlerin sonucunda egemenliğin otoritenin meşruluğuna katkı sağladığı kabul edilmektedir. Fransız sosyolog Pierre Bourdieu, devletin egemenliğe denk düşen faaliyetlerinin sembolik boyutlarıyla ilgilenmektedir. Düşüncesinde önemli bir alan kaplayan semboller, aslında bir iktidarın egemenliğinin kabul edilmesi için kullanılmaktadır. Ancak Bourdieu, sembolik iktidarı ya da onu kullananların sahip olduğu sembolik sermayeyi yalnızca yönetici sınıfın bir tekeli olarak da görmemekte, toplumdaki farklı iktidar odaklarına ait olan güçler olarak ele almaktadır. Makalede ilk olarak egemenliğin modern devlette sahip olduğu işlev tarihsel olarak ele alınacak, ardından da Pierre Bourdieu'nün ortaya koyduğu sembolik sermaye ve sembolik iktidarın egemenlik bağlamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. MODERN DEVLET VE EGEMENLİK

Modern devletin ortaya çıkış sürecine ilişkin birçok farklı görüş ortaya atılmaktadır. Bu görüşler temelde modern devlet öncesi dönemin unsurlarıyla modern öncesi siyasal iktidarların bir kıyaslamasına dayanmaktadır. Gerçekten de modern öncesi dönemde ortaya çıkan siyasal iktidarlara devlet olarak adlandırmak konusu son derece tartışmalıdır. Modern dönem olarak adlandırılan dönemde Avrupa'da feodal yönetimler çözülmüş, dini kurumların etkisi azalmış ve krallıklar merkezi bir iktidar olarak ortaya çıkmıştır¹.

Modernite kavramını inceleme konusu yapan Pierson, modern dünyanın 15 ile 18. Yüzyıllar arasında ortaya çıktığını ve kendisinden önceki geleneksel düzene zıtlaşarak sosyal yaşamın birçok alanında devrimci sayılabilecek değişiklikler yarattığını ifade etmektedir². Bu dönüşümlerin önemli bir ayağını da modern devlet oluşturmaktadır. Pierson'a göre modern devletin unsurları; şiddet araçlarının tekeli, bölgesellik, egemenlik, anayasallık, hukukun üstünlüğü, kamu bürokrasisi, otorite ve meşruluk, yurttaşlık ve vergilendirme olarak sayılabilir³. Bütün bu unsurları bir

¹ Mehmet Akad, Bihterin Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku* (Der Yayınları 2023) 90.

² Christopher Pierson, *The Modern State* (Routledge 2004) 28.

³ Christopher Pierson, *The Modern State* (Routledge 2004) 6-26.

arada bulunduran bir siyasal örgütlenmenin bu devamlılığı nasıl sağlayacağı ise önemli bir sorudur. Egemenliğin, egemenlik altında olanlara kabul ettirilmesi bu açıdan düşünülmelidir. Dolayısıyla bir modern devletin sahip olduğu gücü, kendisine tabi olanlara kabul ettirmesinin anlamı büyüktür. Klasik anayasa hukuku teorisinde bu sorunun yanıtı egemenliğe atfedilen önem ve özelliklerle giderilmeye çalışılmıştır. Ancak bu noktada egemenliğin kitleler tarafından nasıl kabul edilip benimsendiği sorusuna da cevap aramak gerekmektedir. Aksi halde egemenliğin varlığı doğrulanamayacaktır. Modern devlet, egemenliği açıklamak ve meşrulaştırmak için yeni kurgular üretmektedir. Bunlardan en önemlisi egemenliğin ulusa ait olmasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki ulus kavramı da bu fikri meşrulaştırmak için ortaya çıkmıştır. Özellikle modern devletin ulus-devletle özdeş kabul edilmesi bu savı desteklemektedir.

Tarihsel sürecin moderniteye tekabül eden döneminde ortaya çıkan bu kavramlar, bugünkü ulus-devlet modelinin ortaya çıkmasına da zemin hazırlamıştır. Özellikle yurttaşlık unsuru bu bağlamda ele alınmalıdır. Çünkü modern dönemlerin devleti ulus-devlet olarak adlandırılacaktır. Bu durum bizi ulusun ne olduğu ya da tarihte daha önceden var olup olmadığına dair bir sorgulamaya itmektedir. Bu noktada karşımıza temel olarak iki görüş çıkmaktadır. Bunlardan ilki ulusun tarih dışı olduğunu, bir başka deyişle eski çağlardan beri mevcut olduğunu savunmaktadır. Ulusun modernliği olarak adlandırabilecek olan diğer görüş ise ulusal bilincin ve onun üzerine inşa edilen siyasal örgütlenmenin modern çağların bir ürünü olduğunu ifade etmektedir⁴. Kapitalizm de bu dönüşümlerin sonucunda devletlerin dönüştürücü gücüyle ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla ulusal birlik, parasal bütünlük, uyum ve askeri güç gibi konular, devlet sayesinde bugünkü önemine kavuşmuştur⁵. Para ve meta ilişkilerinin dönüşmesiyle birlikte devlet de ulus adına projeler geliştiren bir birim olarak örgütlenmeye başlamıştır⁶.

Ulus-devleti egemenlikle açıklayan ilk düşünür ise Jean Bodin'dir. Bodin'in ardından egemenlik kavramı, kamu hukukunda merkezi bir konum elde etmiştir ve günümüzde anayasalarda bu kavrama vurgu yapıldığından önemini hala korumaktadır⁷. Egemenlik, klasik olarak modern devletin unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Diğer unsurlar olan ülke ve ulus unsuru egemenlik olmadan bir devleti meydana getirmez. Dolayısıyla egemenliğin mevcudiyeti modern devletin varlığıyla yakından ilgilidir. Bu durum bizi egemenliğin ne olduğu sorusuna götürmektedir. Tarihsel olarak bakıldığında egemenlik kavramı Jean Bodin'in düşünceleriyle ortaya çıkmış bir kavramdır. Egemenlik, Bodin tarafından "yetkilerin yetkisi" olarak da ifade edilmektedir⁸. Bodin'e göre egemenlik mutlak, sürekli ve

⁴ Ozan Erözden, *Ulus-Devlet* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 73.

⁵ Michel Beaud, *Kapitalizmin Tarihi: 1500-2010* (Yordam Kitap 2016) 61.

⁶ Beaud (n 5) 62.

⁷ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (On İki Levha Yayınları 2015) 197.

⁸ Marie-Anne Cohendet, *Droit Constitutionnel* (Montchrestien 2006) 377.



bölünmez bir güçtür⁹. Bodin'in egemen gücü paylaşılabilen bir buyurma gücü olarak yalnızca krala aitken, Fransız Devrimi'nin ardından egemenliğin kral ya da belirli zümrelere değil ulusa ait olduğu düşüncesi güçlenmiştir.

Klasik anayasa hukuku açısından bakıldığında egemenlik, kamu adına kararlar almak, bu kararları yerine getirmek ve uymayanlara yaptırımlar uygulamakla birlikte, iktidarı kişiler üzerinde hâkim kılmak olarak ifade edilebilir¹⁰. Söz konusu hakimiyetin nasıl kurulacağı ise devletin meşruluğunun nasıl sağlanacağı sorusuyla eş değerdir. Kuşkusuz kaba güce dayanan iktidarların kendilerine itaati uzun vadede garantiye almaları olanaklı değildir. Kendisine itaat konusunda bir uzlaşma yakalayamamış bir siyasi iktidar, meşru bir niteliğe sahip değildir. Dolayısıyla böyle bir iktidar, iktidar olma vasfını kaybederek, kaba bir güç haline gelir. Bu durumda da ancak kendisine boyun eğilmesini sağlayabildiği sürece varlığını sürdürebilir¹¹. Otoritenin sürekliliğini meşru bir şekilde sağlamak egemenlik kurmakla mümkündür. Bu istikrarı sağlamak için de halkın büyük bölümünün devletin yönetimini kabul etmesi gerekir¹². Doktrinde, egemenlik ve meşruluk devlet iktidarının ayırt edici özellikleri olarak ayrı kavramlar şeklinde de ele alınmaktadır¹³. Ancak bu iki kavramı birbirini tamamlayıcı kavramları olarak ele almak ve meşruluğun egemenliğin bir boyutu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Aslında egemenlik, iç ve dış egemenlik şeklinde ikili bir ayrıma da tabi tutulmaktadır. Ancak temelde bahis konusu edilen egemenlik devletle yurttaşlar arasındaki ilişkiye odaklandığı için daha ziyade egemenliğin iç egemenlik boyutundan bahsedilmektedir. İç egemenlik de devlet iktidarının bizatihi kendisini ifade etmekle birlikte onun en üstün olma, sınırsız olma, bölünememe ve devredilememe gibi özelliklerini de içermektedir¹⁴.

II. BOURDIEU DÜŞÜNCESİNDE MODERN DEVLET VE SEMBOLİK ARAÇLAR

1. Genel Olarak Bourdieu Düşüncesi

Fransız düşünür Pierre Bourdieu 20. Yüzyılın ikinci yarısında habitus, alan ve sermaye kavramlarıyla öne çıkmıştır¹⁵. Özellikle 1970'li yılların başında entelek-

⁹ Akad, Dinçkol ve Bulut, (n 1) 102.

¹⁰ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 279.

¹¹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 103.

¹² Osman Korkut Kanadoğlu and Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 102.

¹³ İbrahim Ö Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (İstanbul: Legal Yayınları, 2016), 78.

¹⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020), 501.

¹⁵ John Scott and Gordon Marshall (eds), *Oxford Dictionary of Sociology* (Oxford University Press 2009) 50.

tüel pozisyonunu daha net şekilde ortaya koymaya başlamıştır¹⁶. Bununla birlikte Bourdieu'ye ilişkin Türkçe literatüre bakıldığında doxa, sembolik iktidar, toplumsal uzam, habitus gibi kavramların diğer görüşlerine nazaran daha çok inceleme konusu yapıldığı görülmekte ve hatta genel olarak Bourdieu sosyolojisini kuşatacak şekilde Türkçeye kazandırıldığı ifade edilmektedir¹⁷.

Bourdieu sosyolojisinde semboller önemli bir yere sahiptir. Kısaca belirtmek gerekirse sembolik araçlar üç ayırım altında ele alınmaktadır. Bunlar; yapı oluşturan yapılar (*structures structurant*), yapılandırılmış yapılar (*structures structurées*) ve üstünlük araçları (*instrument de domination*) olarak ayrılmaktadır. Sosyal sınıflar, iktidar, ideoloji gibi konular, üstünlük araçları arasında yer almaktadır¹⁸. Bourdieu'ye göre sembolik sistemler bütünleştirici bir işleve sahiptir. Bunun yanı sıra bu sistemler hâkim gruplar arasında bütünleşme yaratmakla birlikte üstünlük kuran gruplar açısından bir ayırım ve hiyerarşi ortaya koymaktadır. Ancak yaratılan bu hiyerarşinin de toplum tarafından kabul edilmesi ve toplumsal tabakalaşmanın bu yolla meşruluk sağladığı gözden kaçmaması gereken bir gerçektir¹⁹.

Bourdieu, toplumdaki iktidar ilişkileri üzerine yaptığı çalışmalarda sembolik sistemlere ayrı bir önem atfetmektedir. Çünkü toplumsal iktidar ilişkilerinde ekonomik ve sınıfsal yapılar kadar sembolik sistemler de önemli bir etkiye sahiptir ve bireyler üzerinde üstünlük çoğu zaman sembolik yöntemlerle kurulmaktadır²⁰. Bu noktada Bourdieu tarafından kullanılan kavramlar sembolik iktidar, sembolik şiddet ve sembolik sermaye olarak öne çıkmaktadır. Sembolik şiddet ve sembolik sermaye birçok noktada iç içe geçebilmektedir ancak yine de ayrı analitik gelişmeler olarak ele alınmaktadır²¹. Sembolik iktidar, aslında iktidarın rıza unsurunun örtülü bir boyuta bürünmesidir. Bir başka deyişle sembolik iktidar, bireylere bazı eylemlerinin ekonomik ve siyasi açıdan çıkardan soyutlandığını düşündürmektedir. Bu durum “yanlış bilinç”²² olarak tanımlanmaktadır²³. Bu bilincin bir sonucu olarak

¹⁶ Bryan S Turner (ed), *The Cambridge Dictionary of Sociology* (Cambridge University Press 2011) 45.

¹⁷ Ahmet Büyükgümüş, ‘Türkçe’de Pierre Bourdieu’ (2013) 3 İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi 113, 114.

¹⁸ Pierre Bourdieu, *Langage et Pouvoir Symbolique* (Paris: Éditions du Seuil, 2001), 203.

¹⁹ David Swartz, *Kültür ve İktidar: Pierre Bourdieu'nün Sosyolojisi* (İletişim Yayınları 2013) 122.

²⁰ Sercan Gürler, Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 37.

²¹ Swartz (n 19) 122.

²² Swartz, kavramı “yanlış tanıma” olarak kullanmakta ve Marksist gelenekteki “yanlış bilinç” kavramıyla benzer olduğunu ifade etmektedir. Ona göre kavram, bütün pratiklerin altında yatan kişisel çıkarın inkarı anlamına gelmektedir. Böylelikle pratiklerin çıkara dayalı boyutu dikkatlerden kaçınılmakta ve çıkarsız faaliyetler gibi sürdürülmektedir. Swartz, *Kültür ve İktidar: Pierre Bourdieu'nün Sosyolojisi*, 130; Bourdieu ise “şiddet olarak algılanmadığı için uygulanabilen şiddetin tanınmasını” yanlış tanıma olarak tanımlamaktadır. Bourdieu - Wacquant, *Düşünsel Bir Antropoloji İçin Cevaplar*, 167.

²³ Gürler (n 20) 42.



toplumsal faaliyetler çıkarılardan soyutlanarak, çıkarsız faaliyetler sanıldığı ölçüde meşruiyet kazanmaktadır. Dolayısıyla “*kişisel çıkarın çıkarsızlığa dönüşmesinden yarar sağlayan bireyler ve gruplar*” bu yolla sembolik sermaye elde etmektedirler²⁴. Bu yönüyle sembolik sermaye, ekonomik sermayeyi de görünürde olumsuzlayan bir boyuta sahiptir. Ayrıca sembolik sermaye, iktidarın değil başkalarının tanınma, itibar, itaat ya da hizmet yönündeki meşru talepleri olarak algılanan bir iktidar biçimi olarak ifade edilmektedir²⁵.

Bir başka söyleyişle, sembolik biçimlerin ve sembolik gücün toplumsal düzeni yeniden üretmedeki işleyişi; anlam, sınıflandırma ve anlamlandırma sistemleri, egemenliğin keyfi doğasını maskeleyerek egemenlik altındakiler tarafından yanlış bir şekilde tanınmasını sağlayarak toplumsal egemenliğin sürdürülmesinde ayrılmaz bir şekilde rol oynarlar²⁶. Belirtmek gerekir ki meşruiyet aracılığıyla hakimiyet kurma sembolik biçimlerin doğasında vardır. Toplumsal sınıflar arasındaki ilişkiler de bu şekilde açıklanmaktadır. Bourdieu özellikle, iktidar ilişkilerinin kurulması ve sürdürülmesinde toplumsal olarak sorgusuz sualsiz bir şekilde kabul edilen varsayımların ve pratiklerin öneminden bahseder. Bu pratikler kültür de dahil olmak üzere bütün iktidar biçimlerini çıkar alanı içine almaktadır. Böylelikle sembolik iktidar, ekonomik ve siyasi iktidarı meşrulaştırmakla birlikte ona indirgenemez bir boyuta sahip olmaktadır²⁷.

Bu şekilde sembolik iktidar faaliyetleri kendisini meşrulaştırarak mevcut toplumsal düzeni yeniden üretir hale gelir. Bunun devamında ise sembolik şiddet kavramı devreye girmektedir. Çünkü toplumsal eylemler, çıkar düşüncesinden soyutlandığı ölçüde sembolik şiddet niteliği kazanmaktadır²⁸. Sembolik sermayenin de kendisini bir otorite olarak dayatmasında bu şiddet eğilimi baş göstermektedir. Bu bağlamda sembolik sermayenin sihirli bir güce sahip olduğundan bahsedilebilir²⁹. Bir başka deyişle, sembolik sermaye kendi alanının içsel ilkesi olduğu iddia edilen şeyle ve kendi özerkliğine ilişkin sürdürülen bir “*illüzyon*” sayesinde etkisini elde eder³⁰. Bu sihir ya da illüzyon belki de egemenlik olarak ele alınması gereken bir ilişkiler bütünüyle benzerlik göstermektedir. Çünkü bir noktada sembolik güç, devlet gücü olarak, egemenlik altında olanlarda inanç, itaat ve fikir birliği yaratır³¹. Ancak bu

²⁴ Swartz (n 19) 130.

²⁵ Swartz (n 19) 131.

²⁶ Steven Loyal, *Bourdieu's Theory of the State* (Palgrave Macmillan US 2017) 69 <<http://link.springer.com/10.1057/978-1-137-58350-5>>.

²⁷ Swartz (n 19) 129.

²⁸ Gürler (n 20) 43.

²⁹ Gürler (n 20) 43.

³⁰ Robert Moore, ‘Capital’ in Michael Grenfell (ed), *Pierre Bourdieu: Key Concepts* (Acumen Publishing 2010) 105.

³¹ Loyal (n 26) 70.

güç, toplumsal düzeni üretmenin ötesine de geçmektedir. Çünkü sembolik güç, oluşturulan bu düzenin dışında kalmayı da zorlaştırmaktadır. Bu düzende bireyler, sembolik gücün fikir ve kavramları değil, bu fikir ve kavramları kullanmak suretiyle tartışılır³². Dolayısıyla oluşturulan bu düzenin kuşatıcı bir etkisi de mevcuttur. Söz konusu düzenin kurulmasında simgesel şiddet araçları yoğun olarak kullanılmaktadır. Simgesel şiddetin hayata geçirilmesi eğitim, sanat ve medya gibi birçok aracın bir arada kullanılmasıyla mümkün olmaktadır. Böylelikle iktidar olan sınıfın değerleri bu araçlar vasıtasıyla alt sınıflara aktarılmaktadır³³. Kuşkusuz bu durum temelde siyasal değil sosyal alanda var olan süreci tarif etmektedir.

Siyasi iktidar alanından bakıldığında ise iktidarların, simgesel şiddetin uygulayıcısı olan simgesel sermayenin geçerliliği ya da geçersizliğine karar veren bir boyutu olduğu söylenebilir. Siyasi iktidarlar, simgesel metaları belirleme yetkisini devletin şiddet tekelinin bir gereği olarak ele almakta ve kendisinden habersiz yeni simgesel metaların piyasaya sürülmesinin önüne geçmektedirler³⁴.

Bu yüzden sembolik sermaye konusunu egemenlikle karşılaştırmak, kavramın sihirli boyutunun tespiti açısından önemli görülmektedir. Ancak öncesinde Bourdieu'nün devlet ve siyasal iktidar kavramları arasında yaptığı ayrımı da ele almak faydalı olacaktır. Bu ayrıma göre devlet daha çok kamu kurum ve kuruluşlarıyla özdeş bir anlama sahipken; iktidar devletin işleyiş biçimine işaret etmektedir. Bir başka deyişle devlet, iktidarın işleyiş mekânı olarak belirlenmiştir³⁵. Dolayısıyla devletin unsurları arasında yer alan egemenlik kavramıyla Bourdieu'nün tanımladığı iktidar kavramı arasında önemli bir benzerlik bulunmaktadır. Konuya Bourdieu kavramsallığından yaklaşmak için de Bourdieu'nün modern devleti oluşturan unsurlara nasıl yaklaştığını tespit etmek gerekmektedir. Bourdieu 1989-1992 yılında *Collège de France*'da verdiği derslerin bir bölümünde ve başka eserlerinde modern devletin oluşumunu ve unsurlarını ele almıştır³⁶.

2. Bourdieu'ye Göre Modern Devlet

Bourdieu, devleti sembolik sermayenin en net tezahürlerinden biri olarak ele almaktadır³⁷. Hatta düşünürün kendisi, bu özdeşliği şu şekilde ifade etmektedir:

“Devlet üzerine çokça çalıştıktan sonra “Sembolik İktidar Üzerine” başlıklı makalemi yeniden okumak, bizzat benim bile devlet düşüncesinin ne derece

³² Loyal (n 26) 74.

³³ Özgür Aydın, *Pierre Bourdieu Düşümselliğinde Devlet ve Simgesel Şiddet* (Adalet Yayınevi 2016) 75.

³⁴ Aydın (n 33) 79.

³⁵ Gürler (n 20) 44.

³⁶ Pierre Bourdieu, *Devlet Üzerine: Collège de France Dersleri (1989-1992)* Çev: Aslı Sümer (İletişim Yayınları 2015).

³⁷ Gürler (n 20) 45.

kurbanı olduğumu gösterdi bana. Devlet üzerine bir makale yazdığımı bilmiyordum: sembolik iktidar üzerine bir makale yazdığımı sanıyordum. Şimdi bu bana devletin ve devlet düşüncesinin o müthiş gücünü gösteriyor.”³⁸

Devletin oluşumuna klasik açıdan bakıldığında askeri güç ve vergilendirme gibi özelliklerin ön plana çıktığını belirten Bourdieu, aslında konunun bu kadar basit olmadığını ifade etmektedir. Çünkü fiziksel gücün yoğunlaşma süreci sonradan kamusal güç halini almaktadır. Zamanla bu kamusal güç, kendisinin dışında kalanları yönetme sürecinin dışında bırakılmaktadır. Devlet tarafında olmayanların kuvvet kullanma yetkilerinin olmaması ya da eğitimle oluşturulan kültürel sermayeye sahip olmayanların cahil ve barbar olarak görülmesi bu bağlamdaki örneklerdir³⁹. Bu çıkarımların hepsi, bir noktada sembolik bir etkiyle anlam kazanmakta ve nihayetinde devleti oluşturmaktadır.

Bourdieu’ye göre devlet, meşru fiziksel ve sembolik şiddet kullanma tekeline sahiptir⁴⁰. Devletin sembolik şiddet uygulayabiliyor olmasının nedeni, aynı anda hem belirli örgütsel yapılar ve mekanizmalar biçiminde hem de zihinsel yapılar, algı ve düşünce kategorileri biçiminde bu şiddetin kendisini göstermesidir⁴¹. Burada gözden kaçırılmaması gereken noktalardan biri fiziksel şiddetin aynı zamanda sembolik bir boyutunun da olduğudur. Hatta Bourdieu’ye göre, sembolik boyut daha öncelikle olmakla birlikte, bu boyutlar birbirinden ayrılmaz⁴². Sembolik boyutun neden öncelikli olduğu hakkında ise Bourdieu, yalnızca fiziksel güçten kaynaklanan bir egemenliğin kurulamayacağını düşünmektedir. Çünkü bu tür egemenlik biçimleri yıkılma eğilimindedir ve fiziksel gücün devamında esas tartışılması gereken konular, otoritenin sürdürülmesi, rızanın alınması ve devletin meşrulaştırılmasıdır⁴³.

Gerçekten klasik egemenlik teorilerinde egemenliğin devletin kuruluşunda ortaya çıktığı kabul edilmektedir; ancak egemenliğin sürekliliği olarak varlığını sürdürmesi aslında Bourdieu’nün işaret ettiği rıza ve meşruluk araçlarıyla mümkün olmaktadır. Bu araçların fizikselden öte sembolik boyutları daha ağır basmaktadır. Hatta Bourdieu, devletin oluşumunu açıklamaya çalışırken bir metafor kullanarak, devleti “*sembolik sermayenin merkez bankası*” olarak nitelendirmektedir⁴⁴. Bu metaforu biraz irdelediğimizde Bourdieu’ye göre devletin, ulusun tamamı ya da bir kısmının “*uğruna ölmeye hazır olduğu fetişlerin yaratıcısı ve garantörü*” ve imla kuralları

³⁸ Bourdieu (n 36) 198.

³⁹ Bourdieu (n 36) 241.

⁴⁰ “*Devlet, belirli bir bölge ve karşılık gelen nüfusun tamamı üzerinde meşru fiziksel ve sembolik şiddet kullanımının tekeliyle başarıyla talep eden bir X’tir*”

⁴¹ Pierre Bourdieu, ‘Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic’ (1994) 12 Sociological Theory 1, 4.

⁴² Loyal (n 26) 68.

⁴³ Loyal (n 26) 69.

⁴⁴ Bourdieu (n 36) 153.

gibi gülünç veya sınırlar gibi daha ciddi konular aracılığıyla “*en büyük fedakarlığı elde edebilecek sembolik güç*” olarak tarif edildiği görülmektedir⁴⁵.

III. BOURDIEU’YE GÖRE SEMBOLLERİN GÜCÜ

Bourdieu’ya göre sembolik güç, görünmez bir güçtür. Bu güç, ona maruz kalanların ve bu gücü kullandıklarının görmezden gelenlerin ortaklığıyla kullanılmaktadır⁴⁶. Bir başka deyişle, sembolik güç bir şeylere inandırma, doğrulama veya dönüştürme ve dolayısıyla dünyaya etki etme gücüdür. Sembolik gücün bu boyutu, onun fiziksel ya da ekonomik güçle eş değer, adeta büyümlü bir güç olması anlamına gelmektedir⁴⁷. Bourdieu, her seferinde iktidarın fiziki şiddetle tahakküm edilemeyeceğini, bu yüzden de örneğin vergi toplama yetkisi verilen kişilerin sembolik otoritesinin tanınmasının öneminden de bahseder. Bu noktada vergi toplamak adaletsiz olsa dahi onu yetkilendiren otoritenin meşru olmasının gerektiği fikri, zımni olarak ortaya konmuş olmaktadır⁴⁸. Dolayısıyla sembolik güç, egemene itaat edilmesini sağlamak için önemli bir işleve sahiptir. Ancak bu gücün, somutlaşmış hali kendisini sembolik sermaye olarak göstermektedir.

Bourdieu’nün düşüncesinde sermaye, farklı boyutlarıyla önemli bir alan işgal eder. *Collège de France* Dersleri’nde düşünür, devletin varoluşuna etki eden farklı sermaye türleri olduğundan söz etmektedir. Bunlar, fiziki, ekonomik ve sembolik sermaye olarak sayılabilir. Bununla birlikte sosyal sermaye ve kültürel sermaye de Bourdieu tarafından inceleme konusu yapılmıştır⁴⁹. Ona göre devlet, farklı sermaye türlerinin yoğunlaşmasının doruk noktasını ifade eder⁵⁰. Bu türler, fiziksel güç sermayesi olarak ordu ve polis, ekonomik sermaye, kültürel sermaye, bilgi sermayesi ve sembolik sermaye olarak ifade edilmektedir. Devlet, bu sermaye türleri üzerinde bir meta-sermaye sahibi olan yoğunlaşmadır⁵¹. İktidar alanında bütün bu sermaye türlerinin aralarındaki ilişkilerin de organize edilmesi gerekmektedir. Bu amaçla Bourdieu, sermaye sahiplerinin diğer sermaye biçimlerini de meşru olarak tanımakta menfaatleri olduğunu ifade etmektedir. Örneğin bu amaçla bir feodal bey ya da tüccar, eğitime sahip olan kişileri de iktidar alanının meşru üyeleri olarak kabul etmelidir⁵².

⁴⁵ Bourdieu (n 36) 154.

⁴⁶ Bourdieu, *Langage et Pouvoir Symbolique* (n 16) 202.

⁴⁷ Bourdieu (n 36) 210.

⁴⁸ Bourdieu (n 36) 247.

⁴⁹ Pierre Bourdieu, ‘The Forms of Capital’ in John Richardson (ed), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education* (Greenwood 1986).

⁵⁰ Bourdieu, ‘Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic’ (n 41) 4.

⁵¹ Bourdieu, ‘Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic’ (n 41) 5.

⁵² Dylan Riley, ‘The New Durkheim: Bourdieu and the State’ (2015) 2 *Critical Historical Studies* 261, 263.



Bourdieu, sermaye türleri arasındaki ilişkilere önem verse de sembolik sermayeyi tahlilinin merkezine almaktadır. Çünkü sermayenin türü ne olursa olsun beraberinde mutlaka sembolik bir etkisi de vardır. Bunun bir sonucu olarak kaba kuvvetin bile bir kabullenme biçimi olduğu ve bir ikna etkisi yarattığı söylenebilir. Aynı durum ekonomik sermaye için de söz konusudur. Çünkü zenginlik de kendi varlığını sadece maddi güç olarak değil, aynı zamanda tanınma ve kabul görme gibi sembolik etkilerle birlikte gösterir⁵³. Hatta kıyafet ya da asa gibi objeler de birer güç sembolü olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu tür kullanımlar sembolik sermayenin nesnelleşmiş halidir ve toplum üzerindeki etkileri de aynı koşullara tabidir⁵⁴. Bu yaklaşımla imaj yönetimi, marka sadakati gibi bilgi ve tanınmaya dayalı sembolik kaynakların kontrolü de sembolik sermayenin oluşturulması açısından önemlidir. Daha açık bir deyişle bu tür kaynaklar bir tür kredi işlevi görürler. Üstelik bu güç, kredi vermeye istekli oldukları için bu güce maruz kalanların güvenini veya inancını da gerektirir. Bu noktada Bourdieu, Keynes'in büyük buhrandan çıkış için devletin topluma para aktaracak yöntemler geliştirmesi fikrini örnek verir ve eğer sembolik güçten yararlananlar veya güce sahip olanlar bu yönteme inanıyorsa bu yöntemin etkili olacağını belirtir⁵⁵.

Yukarıda verilen “*Devlet, belirli bir bölge ve karşılık gelen nüfusun tamamı üzerinde meşru fiziksel ve sembolik şiddet kullanımının tekeliyle başarıyla talep eden bir X'tir*” tanımından hareketle ilk bakışta Bourdieu'nün üzerindeki Max Weber etkisi anlaşılmaktadır. Ancak bu tanımda Durkheim ve Cassirer'den de etkiler mevcuttur. Weber etkisinin sınırlı görülmesinin sebebi ise Bourdieu'nün sembolik şiddeti fiziksel şiddetten daha öncelikli görmesidir. Bourdieu için sembolik şiddetin tekelleşmesi, fiziksel şiddetin tekelleşmesinin bir ön koşulu olarak görülmektedir. Weber'in egemenliği çoğunlukla maddi ve askeri güçle ilişkilendiren fiziksel yaklaşımının aksine Bourdieu, hiçbir gücün yalnızca çıplak güç olarak kullanılamayacağını öne sürmektedir⁵⁶. Bourdieu'nün fiziksel şiddet tekeliğini geri plana alan, hatta sembolik şiddetin içinde gören bu yaklaşımı, devletin fiziksel şiddet kapasitesini görmezden geldiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁷. Bourdieu'ye göre siyasi iktidar, diğer iktidar türlerinin üzerinde yer alan ve onların sahip olduğu sermayelerin toplam hacmiyle oluşan sembolik iktidarı da kullanmaktadır⁵⁸.

Sembolik sermaye, yukarıda belirtilen unsurların birleştiricisi ve devamlılığını sağlayan bir boyuta sahiptir. Bu açıdan sembolik sermayenin sahipleri modern dev-

⁵³ A Günce Berkkurt, 'Sosyolojinin Kaçınılmaz Nesnesi Devlet Üzerine: Pierre Bourdieu'nün 1989-1992 Yılları Arasında Collège de France'da Verdiği Dersler' (2012) 2/3 Sosyoloji Dergisi 31, 48.

⁵⁴ Bourdieu, *Langage et Pouvoir Symbolique* (n 18) 210.

⁵⁵ Pierre Bourdieu, *Les Structures Sociales de L'Économie* (Éditions du Seuil 2000) 295–296.

⁵⁶ Loyal (n 26) 67–68.

⁵⁷ Riley (n 52) 269.

⁵⁸ Aydın (n 33) 75.

letin unsurları üzerinde bir etki ve belirleme gücüne sahiplerdir. Bu durum sembolik sermayeye benzer kavramları karşımıza çıkarmaktadır.

IV. SEMBOLİK SERMAYENİN EGEMENLİKLE İLİŞKİSİ

Bourdieu, sembolik sermayenin toplumsal ilişkilere etkisine büyük önem vermektedir. Çünkü sembolik sermayeye sahip olan kişi, konumunun ve üçüncü kişiler üzerinde kurduğu tahakkümün meşruiyetini bu şekilde sağlamlaştırmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki böyle bir tahakkümün kurulması üçüncü şahsın kabulüyle derinden bir bağlantı içindedir. Bu durumun antropolojik kökenleri olduğunu ifade eden Bourdieu, sembolik sermayenin gücünü üçüncü kişiler tarafından tanınmasından aldığını belirlemektedir⁵⁹. Düşünür bu durumu, “*Sembolik sermaye, tahakküm kurmasına izin verdiği kişilere bağımlılığı ima eden tahakküm biçimlerini sağlar: yalnızca başkalarının saygısı, tanınması, inancı, itibarı, güveni ile var olur ve ancak kendi varlığına olan inancı elde edebildiği sürece varlığını sürdürebilir*” şeklinde de ifade eder⁶⁰. Dolayısıyla sembolik sermaye, kişiler tarafından meşru ve itibarlı görüldüğü sürece ve bu inancı sürdürebildiği ölçüde var olan bir gücü ifade etmektedir.

Bu noktada sembolik sermayenin, sembolik gücün anlam kazanmış hali olduğu öne sürülmektedir. Bourdieu’ye göre “*bir güç ilişkisinin bir anlam ilişkisine dönüşmesinin ürünü*” olan sembolik sermaye, empoze ettiği algı kategorilerine göre bilindiği ve tanındığı takdirde ekonomik veya kültürel sermayeden başkası değildir. Ancak bu tanınma, muhataplarının onu tanımaya istekli olmasını gerektirir⁶¹. Bourdieu özellikle toplumsal alanda, kişisel zevkin nesnelleştirilmiş bir ifadesi olan sanat eserlerinin satın alınmasının, sembolik sermaye birikiminin en kusursuz ve en taklit edilemez olanı olduğunu ifade etmektedir⁶².

Bourdieu’ye göre sembolik sermaye devletin oluşumunda da önemli bir yere sahiptir. Çünkü sembolik sermaye sahiplerinin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi, devlet ve onun egemenliği altındaki kişiler açısından da benzerdir. Bu noktada sembolik sermaye ve egemenlik arasında bir benzerlik kurmak mümkündür. Bourdieu, sembolik sermaye ve uzantılarına atfettiği belirli özelliklerle bu benzerliği kurmamızı sağlamaktadır. Bu bağlamda sembolik sermayenin diğer tüm yoğunlaşma biçimlerinin bir koşulu olması ve sembolik sermayenin bilinmesine ve ona değer verilmesine neden olan algı kategorileriyle donatılmış olması önemli bir özelliktir⁶³. Kuşkusuz bu algı kategorilerinin yerleşmesi tarihsel süreçte uzun bir zamana yayılmıştır. Bourdieu, sembolik sermayenin toplumun farklı alanlarında var oldu-

⁵⁹ Christiane Chauviré and Olivier Fontaine, *Le Vocabulaire de Bourdieu* (Ellipses 2003) 16.

⁶⁰ Pierre Bourdieu, *Méditations Pascaliennes* (Seuil 1997) 200; Jean-Philippe Cazier, *Abécédaire de Pierre Bourdieu* (Les Éditions Sils Maria 2006) 24–25.

⁶¹ Cazier (n 60) 25.

⁶² Pierre Bourdieu, *La Distinction: Critique Sociale Du Jugement* (Les Éditions de Minuit 1979) 320.

⁶³ Bourdieu, ‘Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic’ (n 41) 8.



ğunu ifade etmektedir. Ancak bu düşünce, Jean Bodin'in egemenlik teorisi açısından bakıldığında, egemenliğin doğasıyla bağdaşmaz. Çünkü Bodin'e göre diğer iktidar odakları, kaynağını egemenden alırlar, dolayısıyla onun izniyle var olurlar⁶⁴.

Özellikle bugün bir egemenlik unsuru olarak kabul edilen yargı erkinin geçirdiği dönüşümü de ele alan Bourdieu, bu süreci de bir sembolik sermaye yoğunlaşmasının somut bir biçimi olarak görmektedir⁶⁵. Çünkü 12 ve 13. Yüzyılda yargı yetkisi başta dini otorite olmak üzere, kraliyet mahkemeleri, lordlar, belediyeler, şirketler birçok kurum tarafından kullanılmaktaydı. Zamanla kraliyet mahkemeleri kendi konumunu yükseltmiş ve zamanla yargı yetkisi tamamen krala ait hale gelmiştir⁶⁶. Böylelikle krallıklar, daha önce paylaşılan yargılama yetkisini kontrol altına almış ve kralın ortak çıkarı temsil ettiği, güvenliği ve adaleti sağlayan meşru bir figür olduğu fikri yaygınlık kazanmıştır. Bunun sonucunda, yargı organının bürokratik örgütlenmesi de başlamış ve kralın kendi adına hareket eden ve memur statüsünde olan görevlileri ortaya çıkmıştır⁶⁷. Dolayısıyla bugün egemenlik yetkisi olarak kabul edilen yargı erki, aslında sembolik etkisiyle birlikte üzerinde iktidar uygulanan kişiler tarafından kabul görmüş bir düşüncedir.

Bodin'e göre ise yasa, egemenin buyruğu olduğu için değerlidir. Bir başka deyişle, egemenin herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan yeni yasa yapması ya da mevcut yasaları yürürlükten kaldırması ya da değiştirmesi mümkündür. Egemen bunu yaparken geçmişle, kendi istese dahi, bağlı değildir⁶⁸. Aynı şekilde egemen, kendi tebaasına karşı da yasalarla ilgili olarak sorumluluk taşımaz. Egemenin tek sorumluluğu Tanrı'ya ve doğal hukuka karşıdır⁶⁹. Bodin, yasaların egemenin iradesine bağlı olmasını egemenliğin en önemli niteliği olarak görür. Hatta egemenliğin diğer nitelikleri de bu özelliğinden türemektedir. Bodin'in görüşlerinin bu açıdan Bourdieu ile farklılaştığı görülmektedir. Çünkü Bourdieu, söz konusu güç tekeli, sembolik sermaye araçlarının yoğunlaşması şeklinde tanımlarken, Bodin bu yoğunlaşmayı mutlak bir gerçek olarak, diğer unsurların üzerinde bir durum olarak kabul etmektedir. Hatta Bodin'e göre egemen, yine bir sembolik sermaye aracı olan, gelenek ve göreneklerle de bağlı değildir. Çünkü ona göre yasa gelenekleri ortadan kaldırabilir, ama gelenekler yasaları değiştiremez⁷⁰. Bourdieu ise sembolik sermayeyi ele geçiren siyasal iktidarın, bu aşamadan sonra yeni gelenek ve görenekler yaratabileceğini kabul etmektedir. Bu noktada iki düşünür arasında bir benzerlik kurmak

⁶⁴ Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, *Kral-Devlet Ya Da Ölümlü Tanrı* (İmge Kitabevi 2009) 27.

⁶⁵ Bourdieu, 'Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic' (n 41) 9.

⁶⁶ Bourdieu, 'Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic' (n 41) 9.

⁶⁷ Bourdieu, 'Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic' (n 41) 10.

⁶⁸ Gerald Runkle, *A History of Western Political Theory* (The Ronald Press Company 1968) 221.

⁶⁹ George H Sabine and Thomas L Thorson, *A History of Political Theory* (Holt, Rinehart and Winston 1973) 378.

⁷⁰ Ağaoğulları ve Köker (n 64) 29.

mümkün gibi gözükse de Bourdieu'nün teorisinden çıkan önemli bir sonucun da gelenek ve göreneklerin birer sembolik sermaye aracı olarak iktidarlar üzerinde etkili olduğu dikkate alınmalıdır. Buna karşın Bodin'in egemenliğin bu şekilde bir bölünmeye gitmesini kabul etmediği hatta feodalite yerine merkezi siyasi otoriteleri de savunduğunu belirtmek gerekir⁷¹. Bu durum merkezi olmayan siyasi otoritelerin Bodin tarafından egemen kabul edilmemesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla sembolik sermayeye sahip olanlar her zaman egemen sıfatına sahip olmayabilirler.

Bourdieu'nün verdiği bir diğer örnek ise sembolik sermayenin zamanla kralda yoğunlaşmasının merkezi devletin egemenliğini arttırmasıdır. Örneğin sembolik sermayenin ödül olarak algılanan statüler biçiminde dağıtılması, daha öncesinde bilinçli bir toplumsal mutabakattan dolayı saygı duyulan bu statülerin boyut değiştirmesi anlamına gelmektedir. Çünkü daha önceden doğal kabul edilen ve gerçekten de toplumsal bir mutabakatın sonucu olarak anlam ifade eden statüler, kralın dağıtır hale gelmesiyle yarı-bürokratik bir boyuta bürünmektedir. Dolayısıyla kolektif boyutu olan dağınık bir sembolik sermayeden, devletin kodlayıp garanti altına aldığı bir modele doğru dönüşüm yaşanmaktadır. Devlet böylelikle soylu sınıfı avamdan ayırmayı garanti altına alırken, diğer yandan da soylular üzerindeki iktidarını pekiştirmekte, egemenliğini tescillemektedir⁷². Aslında sözü edilen bu dönüşüm Bourdieu'yü, Bodin'in egemenlik anlayışına yaklaştırmaktadır.

SONUÇ

Klasik devlet teorisi ve anayasa hukuku açısından bakıldığında devletin temel unsurları arasında egemenlik önemli bir yere sahiptir. Diğer iki unsur olan ülke ve insan unsuruyla karşılaştırıldığında egemenlik, en soyut ve göreceli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirli bir toprak parçası olan ülke ve belirli bir insan topluluğu olan millet üzerinde kurulan egemenliğin nasıl ve ne şekilde var olduğu sorusu hala cevaplanması zor bir sorudur. Dolayısıyla egemenliğin var olup olmadığının tespiti, o ülkede yaşayan insan topluluğunun bu fikre itaat edip etmemesiyle doğrudan ilgilidir. Devletlerin sona ermeleri de aslında bu düşüncenin değişimiyle yakından ilgilidir. Çünkü insan ve ülke unsurları açısından bakıldığında belirli bir toprak parçasının ortadan kalkması ya da o toprak üzerinde yaşayan kişilerin ortadan kaybolması gibi durumların gerçekleşmesinden ziyade insanların artık egemenliğin sona erdiğine inanması gerçeği bir devleti sona erdirmektedir. Aynı şekilde yeni bir devletin kurulmasında da yeni bir toprak parçası ya da insan topluluğu ortaya çıkmamakta, artık orada yeni bir egemenlik kurulduğuna inanılmaktadır.

Bu her iki durumda da değişim, egemenlik düşüncesinde olmaktadır. Dolayısıyla Bourdieu'nün sembolik sermayeye ve şiddet tekeline atfettiği önem aslında egemenlik kavramıyla doğrudan ilgilidir. Çünkü insanların belirli bir toprak parçası

⁷¹ Uygun (n 7) 204.

⁷² Bourdieu, 'Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic' (n 41) 11



üzerinde bir siyasi iktidarın egemenliğinin var olduğuna inanmaları, fiziksel gücün ötesinde sembolik araçlarla sağlanabilecek bir düşüncedir. Aslında devletin somut bir varlığın ötesinde, sembolik araçlarla sağlanan etkilerin altında oluşmuş olduğu, kolektif inançlara dayandığı, var olan bir gerçekliktir. Bir başka deyişle devlet, insanların var olduğuna inandığı şekilde var olur. Aslında bir varlık değil, idari veya bürokratik bir alanı ifade etmektedir ve iktidar alanının bir parçasıdır⁷³. Bourdieu'nün bu belirlemeleri, kuşkusuz Bodin'in egemenliği attettiği anlamla örtüşmektedir. Ancak Bourdieu'nün öngördüğü sembolik iktidar tek bir noktada toplanmayan, dağınık bir ilişkiler bütünüdür. Çünkü sermaye sahibi sadece Bodin'in egemeni değildir ve onun sembolik etkisinden tüm sermaye sahipleri yararlanabilir. Bu açıdan Bodin'in öngördüğü egemenlik bölünmez ve devredilemezken, Bourdieu toplumda sahip olan farklı sermaye türlerinin de sembolik iktidar araçlarına sahip olduğunu belirterek iktidar ilişkisinin farklı sermaye türleriyle bağını da kurmuş olmaktadır.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları MA and Köker L, *Kral-Devlet Ya Da Ölümlü Tanrı* (İmge Kitabevi 2009)

Akad M, Dinçkol B and Bulut N, *Genel Kamu Hukuku* (Der Yayınları 2023)

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023)

Aydın Ö, *Pierre Bourdieu Düşünümselliğinde Devlet ve Simgesel Şiddet* (Adalet Yayınevi 2016)

Beaud M, *Kapitalizmin Tarihi: 1500-2010* (Yordam Kitap 2016)

Berkkurt AG, 'Sosyolojinin Kaçınılmaz Nesnesi Devlet Üzerine: Pierre Bourdieu'nün 1989-1992 Yılları Arasında Collège de France'da Verdiği Dersler' (2012) 2/3 Sosyoloji Dergisi 31 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iusosyoloji/issue/535/4952>> accessed 16 May 2024

Bourdieu P, *La Distinction: Critique Sociale Du Jugement* (Les Éditions de Minuit 1979)

—, 'The Forms of Capital' in John Richardson (ed), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education* (Greenwood 1986)

—, 'Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic' (1994) 12 Sociological Theory 1

—, *Méditations Pascaliennes* (Seuil 1997)

—, *Les Structures Sociales de L'Économie* (Éditions du Seuil 2000)

⁷³ Loyal (n 24) 77.

—, *Langage et Pouvoir Symbolique* (Édition du Seuil 2001)

Bourdieu P, *Devlet Üzerine: Collège de France Dersleri (1989-1992)* (İletişim Yayınları 2015)

Büyükgümüş A, 'Türkçe'de Pierre Bourdieu' (2013) 3 İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi 113 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iusosyoloji/issue/535/4948>> accessed 16 May 2024

Cazier J-P, *Abécédaire de Pierre Bourdieu* (Les Éditions Sils Maria 2006)

Chauviré C and Fontaine O, *Le Vocabulaire de Bourdieu* (Ellipses 2003)

Cohendet M-A, *Droit Constitutionnel* (Montchrestien 2006)

Erözden O, *Ulus-Devlet* (On İki Levha Yayıncılık 2013)

Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1*, vol 1 (2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020)

Gürler S, *Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi* (On İki Levha Yayıncılık 2017)

Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (16. Baskı, Legal Yayınları 2021)

Kanadoğlu OK and Duygun AM, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (On İki Levha Yayıncılık 2023)

Loyal S, *Bourdieu's Theory of the State* (Palgrave Macmillan US 2017) <<http://link.springer.com/10.1057/978-1-137-58350-5>>

Moore R, 'Capital' in Michael Grenfell (ed), *Pierre Bourdieu: Key Concepts* (Acumen Publishing 2010)

Pierson C, *The Modern State* (Routledge 2004)

Riley D, 'The New Durkheim: Bourdieu and the State' (2015) 2 Critical Historical Studies 261

Runkle G, *A History of Western Political Theory* (The Ronald Press Company 1968)

Sabine GH and Thorson TL, *A History of Political Theory* (Holt, Rinehart and Winston 1973)

Scott J and Marshall G (eds), *Oxford Dictionary of Sociology* (Oxford University Press 2009)

Swartz D, *Kültür ve İktidar: Pierre Bourdieu'nün Sosyolojisi* (İletişim Yayınları 2013)

Pierre Bourdieu Düşüncesinde
Modern Devletin Bileşeni Olarak Sembolik Sermaye ve Egemenlikle İlişkisi
Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Teziç E, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (23rd edn, Beta Yayıncılık 2019)

Turner BS (ed), *The Cambridge Dictionary of Sociology* (Cambridge University Press 2011)

Uygun O, *Devlet Teorisi* (On İki Levha Yayınları 2015)

ÖZEL HUKUK

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ HUKUK DAİRELERİNİN 2016-2022 YILLARINDAKİ ETKİNLİĞİNİN ANALİZİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Analysis and Evaluation of the Effectiveness of the Civil Divisions
of the Courts of Appeal for the Years 2016-2022*

Tolga AKKAYA*

Filiz TEPECİK**

Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU***

Onur TABAK****

Özet

Türk hukukunda adli yargı kolunda ilk derece hukuk mahkemesi kararlarının maddi ve hukuki yönden denetiminin sağlanması amacıyla 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren bölge adliye mahkemeleri göreve başlamıştır. Bu makale Anadolu Üniversitesinde yürütülen ve kabul edilen “Türk Medeni Yargılama Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi Bağlamında Bölge Adliye Mahkemelerinin ve Yargıtay’ın Etkinliğinin Değerlendirilmesi Projesi”nde elde edilen bulguların paylaşılması, değerlendirilmesi ve tartışılması amacıyla hazırlanmıştır. Çalışmada 2016-2022 yılları arasında bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin iş yükü, ortalama görülme süreleri, elden çıkarma süreleri, hâkim sayıları, temizleme oranları incelenmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin çeşitli verileri yıllara göre incelenerek, aralarında ilişki ortaya konulmuştur. Bu kapsamda bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin iş yükleri, yargılama süreleri, gelen işlerin temizlenme oranları yıllara göre tespit edilmiş, önceki yıllarla karşılaştırılmış ve bu oranlarda yıllar içinde meydana gelen değişim gösterilmiştir. Ayrıca Avrupa Komisyonu, Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından yayınlanmış raporlardan yararlanılarak diğer seçilmiş ülke sistemlerindeki istinaf mahkemelerinin etkinliğine ilişkin verilerle karşılaştırma yapılmıştır. Böylece bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin performansı istatistiksel verilerden yola çıkılarak analiz edilmiş ve değerlendirilmiştir. Çalışmanın sonuç bölümünde tespit edilen sorunların çözümüne dair öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Bölge adliye mahkemelerinin etkinliği, Ortalama görülme süresi, Elden çıkarma süresi, Temizleme oranı, Mahkemelerin iş yükü, Hâkim başına dosya sayısı.

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

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.09.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024*

* Prof. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD, takkaya@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6821-2841>.

** Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mâli Hukuk ABD, ftepecik@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1858-7423>.

*** Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD, gokcevarol@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9073-9292>.

**** Arş. Gör., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD, onurtabak@sdu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9050-6552>.



Abstract

On July 20, 2016, the regional courts of appeal in Turkish law began their operations. Their purpose is to conduct material and legal reviews of decisions made by the first-instance civil courts within the judicial jurisdiction. This article has been prepared to share, evaluate, and discuss the findings of the “Project on the Evaluation of the Effectiveness of the Courts of Appeal and the Court of Cassation in the Context of the New Legal Remedies System in Turkish Civil Procedure Law,” which was conducted and accepted by Anadolu University. This study analyzes the workload, average durations, disposal times, number of judges, and clearance rates of the civil chambers of the regional courts of appeal from 2016 to 2022. The data from these regional courts of appeal are analyzed for each year, and the relationship between them is revealed. Within this context, the workloads of the civil chambers of the regional courts of justice, the duration of the proceedings, and the clearance rates of incoming works have been determined by year, compared to previous years, and the change over the years has been shown. Furthermore, reports published by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) have been utilized to compare the data on the effectiveness of courts of appeal in other selected country systems. Thus, the performance of the civil chambers of the regional courts of appeal has been analyzed and evaluated based on statistical data. The study’s conclusion section presents suggestions for the solution of the problems identified.

Keywords: Efficiency of court of appeals, Average court duration, Disposition time, Clearance rate, Workload in courts, Number of files per judge

GİRİŞ

Türk hukukunda adli yargı koluna istinaf kanun yolunun getirilmesi, Cumhuriyetin ilk yıllarından beri tartışılmış, 1930’lu yıllardan bu yana istinaf sisteminin kabul edilmesine yönelik tasarılar hazırlanmış, ancak uzunca süre bu hedef gerçekleştirilememiştir. Nihayet 2004 yılında eski (mülga) 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK) değişiklik yapılarak¹ istinaf, kanun yolları arasına katılmıştır. Ancak aynı tarihte bölge adliye mahkemelerinin kurulması ve faaliyete başlaması mümkün olmadığı için, adli yargı kolundaki hukuk yargılamalarında istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin yürürlüğü fiilen ertelenmiştir. Kanunda değişiklik yapılmasından 12 yıl gibi uzun bir süre geçmesinden sonra, nihayet 2016 yılında bölge adliye mahkemeleri kurulmuş ve 20 Temmuz 2016 tarihinde 7 bölgede faaliyete başlamıştır. Bu tarihten sonra ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yolu açılmış ve doğrudan temyize başvuru olanağı kaldırılmıştır. Kısa süre içinde bölge adliye mahkemesi (BAM) sayısı kademeli olarak artırılmış ve 2023 yılı itibarıyla 17’ye yükseltilmiştir.

İstinafın Türk hukukunda kabul edilmesinin temel sebepleri; adli yargı kolunda görülen dava ve işlerde daha adil bir yargılama yapılmasını, hukuk mahkemelerinin kararlarının maddi ve hukuki yönden denetleyerek daha kaliteli yargı kararları verilmesini sağlamaktadır. Diğer yandan eski kanun yolu modelinde ilk derece hukuk mahkemesi kararlarına karşı doğrudan temyize başvurulması nedeniyle, asli görevi ve işlevi ülkede hukuk birliğini sağlamak olan Yargıtay’ın iş yükünün altından kalkamaması ve içtihat birliğini sağlama görevini yerine getirmekte büyük zorluklarla

¹ RG, T. 07.10.2004, S. 25606.

karşı karşıya kalması da istinaf kanun yoluna duyulan ihtiyacı daha belirgin hale getirmiştir.² İstinafla hukuk devleti ilkesinin daha etkin gerçekleştirilmesi, daha doğru ve adil kararlar verilmesi, kişilerin ve toplumun adalete olan inancının korunması hedeflenmiştir. BAM'lar kurulmadan önce ve bu mahkemelerin faaliyete geçmesinden sonraki dönemde istinafin yargının işleyişine sağlayacağı katkılar kadar ortaya çıkardığı olumsuzluklar da tartışılmıştır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi dışında temyiz denetiminden önce başka bir derece mahkemesinin yargılama sürecine katılmasının yargılama sürelerini uzatacağı konusunda öngörüler ve eleştiriler dile getirilmiştir. Ayrıca BAM'ların aynı veya benzer konularda verecekleri kesin kararlar nedeniyle ülkede hukuk birliğinin sağlanmasının da zorlaşacağı ifade edilmiştir.³

Bu makale Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından desteklenen ve kabul edilen SBA-2023-57 numaralı "Türk Medeni Yargılama Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi Bağlamında Bölge Adliye Mahkemelerinin ve Yargıtay'ın Etkinliğinin Değerlendirilmesi Projesi"nde elde edilen bulguların paylaşılması, değerlendirilmesi ve tartışılması amacıyla hazırlanmıştır. Makalenin kapsamı, istatistiksel veriler doğrultusunda BAM hukuk dairelerinin 2016-2022 yılları arasındaki performansının değerlendirilmesi ile sınırlıdır. Bununla birlikte makalenin yayıma hazırlandığı dönemde 2023 yılı Adalet İstatistikleri de yayınlandığından ilgili yerlerde 2023 yılı verileri de değerlendirilmiştir.

Çalışmada medeni yargılama hukuku alanında 2016 yılından bu yana görev yapan BAM'lar bağlamında mahkeme sayıları, hâkim sayıları, iş yükü, gelen işlerin temizlenme oranları ve benzeri veriler toplanmış, bu verilerden hareketle yeni kanun yolu sisteminde kanun koyucunun amaçlarını gerçekleştirme noktasında BAM'ların durumu sayısal verilerden hareketle analiz edilmiş; tespit edilen sorunlarla ilgili çözümler önerilmiştir. Belirtmek gerekir ki adli yargı sisteminin her derecesinde etkin bir yargılamanın yapılabilmesi için alınması gereken birçok önlem bulunmakla birlikte, bu çalışmada BAM'larla sınırlı olarak değerlendirmeler yapılmıştır.

Aşağıdaki haritada 2022 yılında faaliyette bulunan BAM'lar ve bunların yargı çevreleri görülmektedir. 10.06.2022 tarihli ve 31862 sayılı Resmî Gazete ile Denizli, Malatya ve Tekirdağ BAM kurulmuş ancak bu BAM'lar 2022 yılında faaliyete geçmemiştir.⁴ Bu nedenle mezkûr BAM'lar aşağıdaki haritada yer almamaktadır.

² Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (1. Bası, Yetkin Yayınevi 2009) 38 vd.

³ İstinafin leh ve aleyhindeki görüşler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kâmil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf* (1. Bası, Nesil Matbaacılık 2000) 122 vd.; Muhammet Özkes, *100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2016) 46 vd.

⁴ Nitekim bu hususta bkz. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, "2022 Yılı Bakanlık Faaliyet Raporu" (Şubat 2023) 71-72. <<https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/19042023114739Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%202022%20Y%C4%B1%C4%B1%20Faaliyet%20Raporu.pdf>> Erişim Tarihi 25.12.2023. Denizli ile Tekirdağ BAM'ın yargı çevresi 04.07.2024 tarihli ve 32592 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 03.07.2024 tarihli ve 1269 sayılı HSK kararı ile belirlenmiştir. Buna göre Denizli BAM'ın yargı çevresi, Denizli, Muğla ve Uşak; Tekirdağ BAM'ın yargı çevresi Tekirdağ, Kırkla-



"Bölge Adliye Mahkemeleri Merkezleri Haritası"



Kaynak: Hâkimler ve Savcılar Kurulu Resmî İnternet Sayfası⁵

I. YÖNTEM

Araştırma kapsamında öncelikle Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan adli istatistiklerdeki ve adalet istatistiklerindeki BAM'lara ilişkin veriler toplanmıştır. Bu istatistiklerde araştırmamızda incelediğimiz tüm veriler bulunmadığından, ayrıca BAM'lar tarafından yıllık olarak hazırlanan faaliyet raporlarından yararlanılmıştır. İstatistiklerde ve faaliyet raporlarında yer almayan veriler için Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, bölge adliye mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile yazışma yapılarak ihtiyaç duyulan diğer veriler talep edilmiştir. Bu kapsamda aşağıdaki veri kaynaklarına erişim sağlanmıştır⁶:

reli, Edirne ve Çanakkale illerinin mülki sınırlarıdır. Mezkûr BAM'ların iş bölümü de 04.07.2024 tarihli ve 894 sayılı HSK kararı ile belirlenmiştir. Denizli ve Tekirdağ BAM, 02.09.2024 tarihi itibarıyla faaliyete geçmiştir.

⁵ <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/070420221407bam-merkezleri-haritasipdf.pdf>> Erişim Tarihi 25.12.2023.

⁶ Belirtmek gerekir ki Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2022 yılı revizyon politikası ile 2022 yılında hizmete özel olan "Adli İstatistikler" ile resmi istatistik programı çerçevesinde hazırlanan "Adalet İstatistikleri"ni birleştirmiş ve "Adalet İstatistikleri 2022" olarak tek yayın hazırlamıştır. Ayrıca mezkûr yayında veriler 2015 yılı dahil olmak üzere geriye yönelik güncellenmiştir. 2022 yılı revizyon politikası için bkz. 'Adalet İstatistikleri 2022 Revizyon Politikası' <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-2022-revizyon-politikasi28032023105051>> Erişim Tarihi 22.10.2023. Ayrıca bkz. 31.12.2021 tarihli ve 31706 (5. Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Türkiye İstatistik Kurumu, Resmî İstatistik Programı 2022-2026. Bu kapsamda bu çalışmada 2015-2022 yılı için veriler çoğunlukla mezkûr yayından alınmıştır. Ayrıca Adli İstatistik yayınlarında da geriye yönelik veriler söz konusu olduğundan, Adli İstatistikler'den veri alınacağı zaman o yıla ait en güncel veri hangi yılın Adli İstatistik yayınında bulunuyorsa o yayından veri alınmaya çalışılmıştır.

- Adalet İstatistikleri 2009-2023
- Adli İstatistikler 2009-2021
- Bölge Adliye Mahkemeleri (2016-2022) Faaliyet Raporları

Bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay hukuk dairelerinin karar türlerine ilişkin sayısal verileri elde etmek için Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne yazılarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) BAM'ın karar türlerine ilişkin düzenlemelerine uygun olarak verdiği karar türlerinin sayıları da talep edilmiştir. BAM'ların ilgili karar türlerinin verdiği toplam karar sayısı içindeki oranının belirlenmesi, BAM'lara öğretilen ve uygulamada yöneltilen eleştirilerin haklı olup olmadığını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü hem genel olarak BAM'ların iş yükünü hem de bölge bazında mahkemelerin iş yükünü gösteren tabloları iletmiştir. Ancak BAM'ların karar türleri konusundaki talebimize verilen yanıtta, karar türleri konusunda veri toplanırken kullanılan sınıflandırma, HMK'nın istinafa ilişkin karar türlerine uygun olmadığı için araştırmada kullanılamamıştır. Bu nedenle BAM'ların karar türlerine ilişkin sınıflandırma, BAM faaliyet raporları esas alınarak yapılmıştır. Yargıtay'ın iş yükü ve karar türlerine ilişkin olarak gönderilen veriler ise HMK'ya uygun olarak toplanmış olduğundan, araştırmada bu verilerden de yararlanılmıştır.

BAM hukuk dairelerinde görevli hâkim sayılarına ilişkin veriler Hâkimler ve Savcılar Kurulundan alınmıştır. BAM'ların performansının değerlendirilmesinde mahkemelerin iş yükü, hâkim başına dosya sayısı, ortalama görülme süreleri, temizleme oranları, devreden dosyaların elden çıkarılma süreleri, mahkemelerin kanun yolu incelemesi sonunda verdikleri karar türleri gibi veriler yıllara göre derlenmiş, tablo ve grafik haline getirilerek verilerin birbirleriyle olan ilişkileri karşılaştırmalı olarak ortaya konulmuştur. Bu amaçla BAM'daki hukuk dairelerinin; yıllara göre hâkim sayısı, hâkim başına iş yükü (dosya sayısı), genel olarak iş yükü (dosya sayısı), BAM'lara göre iş yükü (dosya sayısı), ortalama görülme süreleri, dairelerin gelen işleri temizleme oranı, dairelerin bir sonraki yıla devreden iş sayısı, dairelerin devreden dosyaları elden çıkarma süresi, inceleme sonunda verilen karar türleri incelenmiştir.

Ayrıca Avrupa Komisyonu, Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından yayınlanmış ve Türkiye'deki BAM'lar hakkında veriler içeren raporlardan da yararlanılarak diğer seçilmiş ülke sistemlerindeki mahkemelerin etkinliğine ilişkin verilerle karşılaştırma yapılmıştır. CEPEJ'in paylaştığı olduğu dinamik veri tabanından⁷ niceliksel veriler (versiyon 2022.01)⁸ çalışmada kullanılmıştır. Böylece

⁷ 'Dynamic Database of European Judicial Systems' <<https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-stat>> Erişim Tarihi: 02.02.2024. Bu çalışmada sunulan bilgiler ve görüşler yazarlara ait olup, CEPEJ'in resmi görüşünü yansıtmamaktadır. Bu çalışmada CEPEJ kullanılan veri kaynaklarından yalnızca bir tanesidir ve CEPEJ bu çalışmadaki analizlerin, görüşlerin ve/veya sonuçların doğruluğunu garanti etmez. Ne CEPEJ ne de CEPEJ adına hareket eden herhangi bir kişi, burada yer alan bilgilerin herhangi bir şekilde kullanılmasından sorumlu tutulur.

⁸ 'Quantitative Data EN by CEPEJ' <<https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/Quantitative-DataEN/Tables>> Erişim Tarihi: 02.02.2024.



karşılaştırmalı bir bakış açısıyla da performans değerlendirmesi yapma imkânı elde edilmiştir. Ancak CEPEJ verileri karşılaştırmaya tabi birçok farklı hukuk sisteminin mevcut olması ve farklı hukuk sistemlerinde ortak verilerin toplanmasındaki zorluklardan kaynaklı olarak daha genel düzeyde olduğundan, karşılaştırma CEPEJ raporlarında yer alan verilerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Elde edilen veriler çalışmada olduğu gibi kullanılmamış, farklı veri kaynaklarından toplanarak, derlenerek ve birbirleriyle olan ilişkileri tablo ve grafiklerle ortaya konularak incelenmiştir.

II. BULGULAR VE ANALİZLER

A. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Ortalama Görülme ve Elden Çıkarma Süreleri

1. Ortalama Görülme Süreleri

Mahkemelerin etkinliğinin ölçülebilmesi için birkaç değişken önerilebilir. Bunlardan ilki, davanın görülme süresini içeren bilgiler üzerinden oluşturulan ortalama görülme süresidir.⁹ Adalet Bakanlığı Adalet İstatistiklerine göre¹⁰, ortalama görülme süresi (gün), “*adli birimlerin mevcut çalışma hızı ışığında bir birime gelen dosyanın sonuçlanabilmesi/karara bağlanması için gerekli olan ortalama süre*”yi göstermektedir. Bu süre mahkemelerde dosyanın mahkemeye gelişi ile mahkeme tarafından karara bağlanarak çıkışı arasında geçen zaman olarak (pek çok dava söz konusu olduğu için ortalama olarak) hesaplanmaktadır.

Ortalama görülme süresi, gerçek yargılama sürelerini göstermeyip sadece ilgili mahkemelerde yıllar içinde sürelerle ilişkin değişimi göstermektedir ve yargılamaların süresi hakkında genel bir fikir vermektedir. Ayrıca hukuk mahkemelerinde çok farklı türde dava ve iş görüldüğünden ve bunların kapsamı, zorluğu, taraf sayısı gibi birçok farklı özelliği olduğundan, her davada somut olarak gerçekleşen gerçek görülme süresi farklı olabilir. Başka bir deyişle, somut dava ve işlerde ilgili yargılama derecesine ilişkin süre ortalama görülme süresinin altında olabileceği gibi üstünde de olabilir.

Aşağıdaki tabloda (Tablo 1) 2000-2023 yılları arasında ilk derece hukuk mahkemeleri, BAM ve Yargıtay hukuk dairelerindeki ortalama görülme süreleri gösterilmiştir. Tablo ilk derece mahkemelerinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda en uzun ortalama süreye 2020 yılında ulaşıldığını göstermektedir. BAM Hukuk Daireleri’nde ise 2021’deki düşüş sayılmazsa daimî bir artış olduğunu görülmektedir.

⁹ Ortalama Görülme Süresi Hesaplama Formülü: $((2 * (\text{Geçen yıldan devir dosya sayısı}) + \text{Yıl içinde açılan dosya sayısı} + \text{Bozularak gelen dosya sayısı}) - \text{Karara bağlanan dosya sayısı}) / (\text{Yıl içinde açılan dosya sayısı} + \text{Bozularak gelen dosya sayısı} + \text{Karara Bağlanan dosya sayısı}) * 365$.

¹⁰ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adalet İstatistikleri 2022* (Mart 2023) XXXI. Mezkûr yayın çalışmada Adalet İstatistikleri 2022 olarak ifade edilecektir.

Tablo 1: Yıllara Göre İlk Derece Hukuk Mahkemeleri, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri, Yargıtay Hukuk Daireleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Ortalama Görülme Süresi (Gün)¹¹

Ortalama Görülme Süresi (Gün)				
	İlk Derece Hukuk Mahkemeleri	BAM Hukuk Daireleri	Yargıtay Hukuk Daireleri	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
2000*	177		48	15
2001*	174		59	21
2002	174		67	38
2003**	177		56	1
2004	177		67	6
2005	184		75	9
2006	191		82	5
2007	202		93	5
2008	209		115	17
2009	203		139	28
2010	209		159	35
2011	214		160	56
2012	232		131	87
2013	213		117	166
2014	207		122	397
2015	222		167	344
2016	252	44	290	357
2017	288	79	457	460
2018	288	176	454	789
2019	285	255	346	859
2020	331	366	259	910
2021	255	296	164	449
2022	246	311	173	230
2023	251	368	203	162

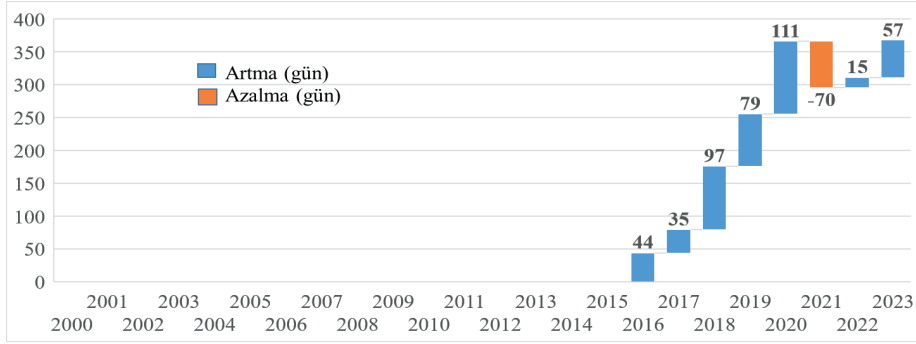
* 2000 ve 2001 yayınında ortalama görülme süresinin hesaplanma formülü verilmiştir. Yalnızca şöyle bir açıklama yapılmıştır: “Ortalama görülme süresi (Gün). (Aidiyeti nedeniyle ilgili daireye gönderme kararı verilen dosya sayısı hesaba katılmamıştır.)”.

** 2012 yılı öncesinde ortalama görülme süresi hesaplanırken “ilgili daire kararları bu hesaba dahil edilmemişken 2013 yılı yayınında bu gruptaki kararlarda dahil edilmek suretiyle 2003-2013 yılları ortalama görülme süreleri yeniden hesaplanmıştır.”.

¹¹ 2015-2022 arasında ilk derece mahkemeleri ve BAM verileri için Adalet İstatistikleri 2022, 11; Yargıtay HGK ve HD verileri için Adalet İstatistikleri 2022, 48; 2023 yılı verileri için Adalet İstatistikleri 2023, 11, 49. 2015 yılı öncesi veriler Adli İstatistik yayınlarından alınmıştır. Her yıl yayınlanan Adli İstatistik yayınlarında, önceki yıllara ilişkin de ortalama görülme süresine yer verilmiş ise önceki yılın Adli İstatistik dosyasındaki veri değil, yakın tarihli Adli İstatistik verisi esas alınmıştır.



Grafik 1’de, BAM hukuk dairelerinin ortalama görülme sürelerindeki artışlar dikkate alınarak çizilmiştir. Faaliyete geçmesinden itibaren BAM hukuk dairelerindeki ortalama yargılama süreleri artmıştır. Tablo 1 ve Grafik 1 birlikte değerlendirildiğinde görülebileceği gibi, 2016 yılında 44 gün ile başlayan ortalama görülme süresi, 2017 yılında 35 daha eklenerek 79 güne, 2018 yılında 97 gün eklenerek 176 güne çıkmıştır. Ortalama görülme süresi 2020 yılında 111 gün artarak, 366 güne, diğer bir ifade ile bir yılın üzerine çıkmıştır. Daha sonra ortalama görülme süresinde bir miktar azalma olsa da 2022 yılı verisine göre, ortalama görülme süresi 300 günün üzerindedir.



Grafik 1: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Ortalama Görülme Süresi Artışı (Gün)

BAM hukuk daireleri 44 gün gibi çok kısa bir ortalama süre ile başlangıç yapmasına rağmen, kısa süre içinde ve hızlı bir artış göstermiştir.

BAM ve Yargıtay hukuk dairelerinin ortalama görülme süreleri birlikte değerlendirildiğinde, BAM’ların faaliyete geçtiği 2016 yılında, mahkemelerin yılın ikinci yarısında göreve başlamış olması, başlangıçta iş yükünün az olması ve önceki yıldan (yıllardan) devreden dosyalar olmaması sebebiyle ortalama görülme süresinin bir süreliğine de olsa kısa kaldığı; ancak ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı bu tarihten itibaren temyiz yolunun kapatılması ve iş yükünün artması nedeniyle, sonraki yıllarda BAM hukuk dairelerindeki ortalama yargılama süresinin hızlı bir şekilde arttığı gözlemlenmiştir.

Kanun yolu mahkemelerindeki gerçek yargılama süresinin makul sürenin üzerinde olması, birçok olayda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Anayasamız uyarınca adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmış hatta bu durumu tespit eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları verilmiştir. Uzun süren yargılamalarda yargılama süresinin yarısından fazlasının kanun yolu incelemesinde geçmesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.¹² Bu

¹² Bkz. Abdullah Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi* (1. Bası, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014) 107-108. Makul sürenin hesaplanmasında kanun yolunda geçen süre de dikkate alınır. Bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (2. Bası, Beta 2005) 378; Hakan Pekcantez, ‘Medeni Yargıda Adil Yargılanma’ (1997) (2) İzmir Barosu Dergisi 35, 42.

nedenle kanun koyucunun, önlem almakla yükümlü adalet otoritelerinin ve üst mahkemelerin kanun yolu incelemeleri bakımından en çok dikkat etmeleri ve özen göstermeleri gereken hususlardan biri, kanun yolu incelemesinin makul süre içinde, sürüncemede kalmadan ve tekrar kanun yolu incelemesine yol açmayacak şekilde sonuçlandırılmasını sağlamaktır.

Makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yönelik yapısal sorunlar olduğu gerek AİHM kararı¹³ gerekse Anayasa Mahkemesi kararı¹⁴ ile tespit edilmiş ve bu ihlal iddialarına yönelik başvuru yapılacak etkili bir yolun düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. 25.07.2023 tarihli ve 2023/18536 başvuru numaralı kararda¹⁵ ise Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası sebebiyle etkili bir yolun düzenlenmesi gerektiğine yönelik pilot kararının (2021/58970 başvuru numaralı kararı) gereğinin yerine getirilmediğini, 6384 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 2 ile yalnızca belirli tarihteki derdest başvurular bakımından düzenleme yapıldığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, pilot kararı doğrultusunda daimî bir başvuru yolu ihdas edildikten sonra bu başvuruların incelenebileceği, aksi durumun bireysel başvurunun ikincilliği ilkesine aykırılık oluşturacağı ve pilot kararın anlam ve önemini ortadan kaldıracaklarını belirtmiştir. Bu doğrultuda yapılan başvuruların incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığını ifade etmiş ve incelenen başvuru hakkında başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi nedeniyle düşmesine karar vermiştir.

2. İlk Derece Hukuk Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Toplam Ortalama Görülme Süresi

Uygulamada mahkemelerin hataları sebebiyle dosyalar birçok kez kanun yolu görmekte ve bu durum da yargılamaları sürüncemede bırakmaktadır. Örneğin, iş yargılamasıyla ilgili somut bir ihlal kararında, dava dosyasının üç kez temyiz görüldüğü ve kanunda öngörülen iki aylık temyiz inceleme süresinin aşılmış olması nedeniyle ihlal kararı verildiği görülebilmektedir.¹⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, yapısal sorunların ve organizasyon eksikliklerinin yol açtığı gecikmeler nedeniyle makul sürenin aşılmasını devletin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü sebebiyle hak ihlali olarak değerlendirmektedir.¹⁷

¹³ 20.03.2012 tarihli ve 24240/07 başvuru numaralı AİHM kararı.

¹⁴ 22.07.2022 tarihli ve 31900 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 05.07.2022 tarihli ve 2021/58970 başvuru numaralı Anayasa Mahkemesi pilot kararı.

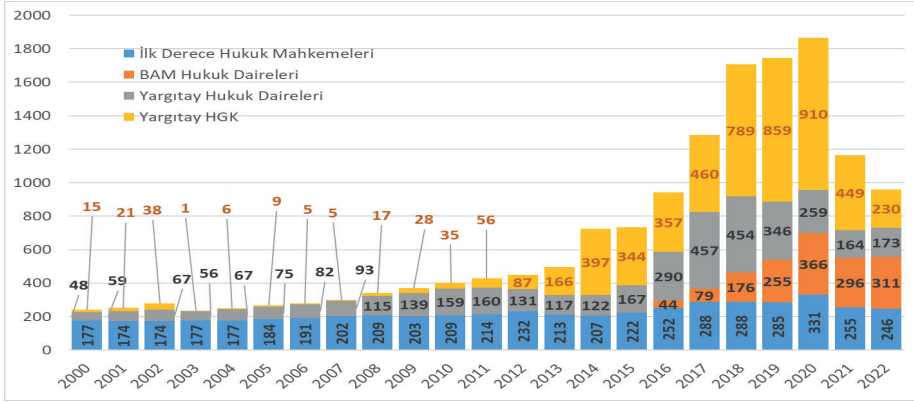
¹⁵ RG, 10.10.2023, S. 32335.

¹⁶ AİHM'in Türkiye hakkında kanun yolu incelemesinde sürenin uzunluğu sebebiyle verdiği ihlal kararları için bkz. Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (1. Bası, Seçkin Yayınları 2014) 277 vd.

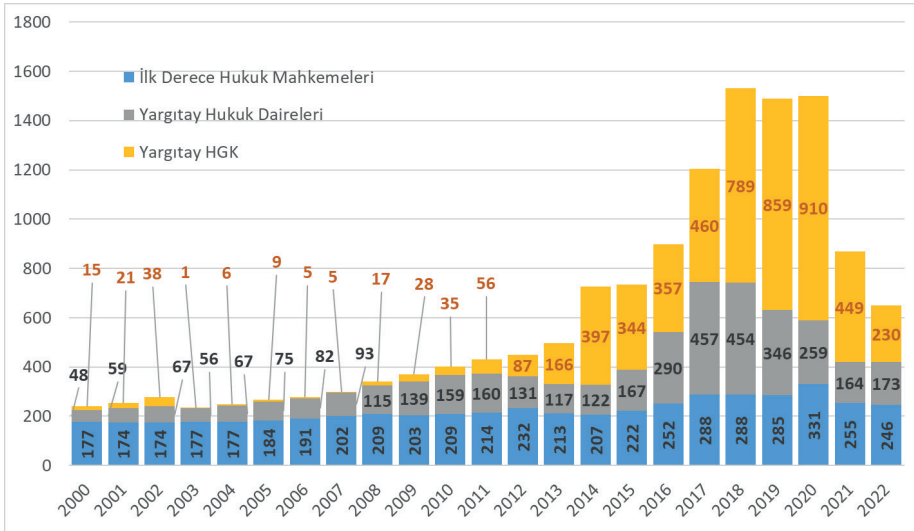
¹⁷ Çelik (n 12) 90.



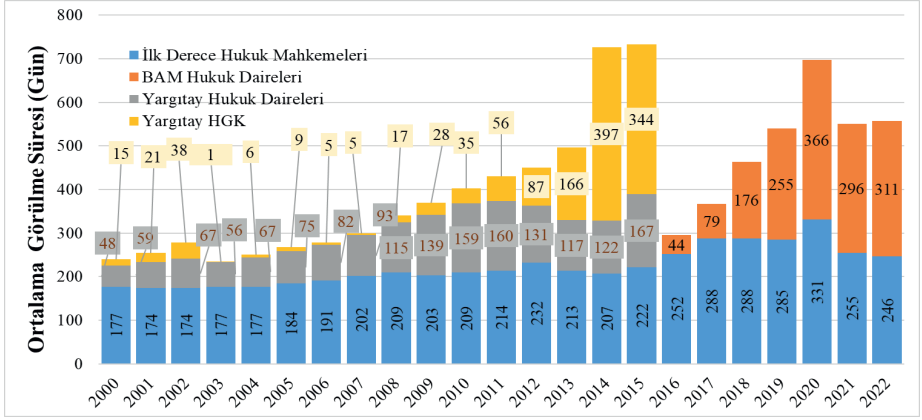
Aşağıda verilen Grafik 2, yıllara göre ilk derece hukuk mahkemeleri, BAM hukuk daireleri, Yargıtay hukuk daireleri ve Yargıtay HGK ortalama görülme süreleri (gün) toplamını bir arada göstermektedir. Grafik 3 ve 4 ise farazi (varsayımsal) iki durumu değerlendirmek için oluşturulmuştur. Grafik 3'te BAM'ın olmadığı bir ortamda hali hazırdaki verilerle yargılamanın olası süresi, Grafik 4'te ise Yargıtay hukuk daireleri ve Yargıtay HGK ortalama görülme süresi olmaksızın, yani yargılamanın istinaf incelemesiyle sona erdiği bir durumda olası ortalama görülme süresi gösterilmektedir.



Grafik 2: Yıllara Göre İlk Derece Hukuk Mahkemeleri, BAM Hukuk Daireleri, Yargıtay Hukuk Daireleri ve Yargıtay HGK Ortalama Görülme Süreleri (Gün) Toplamı



Grafik 3: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Ortalama Görülme Süresi Olmaksızın Diğer Derecelerdeki Ortalama Görülme Süresi (Gün)



Grafik 4: Yıllara Göre Yargıtay Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu Ortalama Görülme Süresi Olmaksızın Diğer Derecelerdeki Ortalama Görülme Süresi (Gün)

Grafiklere göre, 2016 yılında BAM'lar faaliyete geçmemiş olsaydı dahi Yargıtay'da biriken dosyalar nedeniyle temyiz incelemesine ayrılan ortalama görülme süresi en iyi ihtimalle aynı kalacak, ancak büyük olasılıkla daha da uzayacaktı. Grafik 2'de 2016 yılında BAM'ların faaliyete geçmesi ile Yargıtay'a gelen dosya sayısı düşmesine rağmen 2018 yılında Yargıtay'da hukuk dairelerinde ortalama görülme süresinin 400 günü, HGK'da ise 750 günü aştığı görülmektedir. İlk derece mahkemelerinden dava akışı sürüyor olsaydı artış hızının çok daha yüksek olacağını tahmin etmek mümkündür.

BAM'lar 2017 yılından itibaren artan oranda Yargıtay'a gidecek olan dosya yükünü devraldığından, Yargıtay'daki ortalama görülme süresi azalırken, BAM hukuk dairelerinde ortalama görülme süresi ise hızla artmıştır. BAM'lardaki ortalama görülme süresi, 2019 yılı itibarıyla Yargıtay hukuk dairelerindeki ortalama görülme süresini aşmıştır. Başka bir deyişle, yeni kanun yolu sisteminde kanun yolunda geçen süre yönünden, Yargıtay hukuk dairelerinin yerini BAM hukuk daireleri almış gözükmektedir. 2020-2022 yıllarında dava süresinin yarısından fazlasının istinaf kanun yolu incelemesinde geçtiği görülebildiğinden makul sürede yargılanma hakkıyla ilgili sorunların devam ettiğini belirtmek gerekir. BAM'ın istinaf incelemesi sonucunda verdiği kararların sınırlı bir bölümü açısından temyiz kanun yolu da açık olduğundan temyizde geçecek ortalama görülme süresi de dikkate alındığında makul süre yargılanma sorunu devam etmektedir.

Malvarlığına ilişkin dava ve işlerde, ilk derece hukuk mahkemeleri ve BAM'larda görülen dosyaların çok büyük bir bölümü kesinlik sınırının (HMK m. 362/1/a; Ek Madde 1/1) artması nedeniyle temyiz görmemektedir. Bu nedenle ilk derece mahkemeleri ve BAM'ların ortalama görülme süreleri dikkate alınır, BAM'ların göreve başladığı ilk dönemde genel yargılama sürelerini olumsuz etkilemediği, ancak sonraki yıllarda BAM'ların iş yükünün hızla artması ve yığılma sebebiyle dosyaların



ortalama görülme süresinin de hızla yükseldiği görülmektedir. BAM'ların sayısının artırılması ve yargı çevrelerinin küçültülmesi, daire sayısının artırılması ve bununla birlikte hâkim sayılarındaki artışla hâkim başına düşen iş sayısının azalabileceği ve ortalama görülme süresinin daha da kısılacağı söylenebilir.¹⁸

3. Elden Çıkarma Süreleri

Mahkemelerin etkinliğinin ölçülebilmesi için kullanılan bir diğer değişken, devreden dosyaların elden çıkarılma süreleridir. Bu başlık altındaki tablo ve grafiklerde; ilk derece hukuk mahkemeleri, BAM hukuk daireleri, Yargıtay hukuk daireleri ile Yargıtay HGK'da görülen dava ve işlerde “devreden dosyaları elden çıkarma süresi ortalamaları” kullanılmıştır.

Adalet İstatistiklerine göre, devreden dosyaların elden çıkarılma süresi, referans yıl boyunca karara bağlanan dosyaların sayısını ve referans yılın sonunda henüz karara çıkmamış (devreden) dosyaların sayısını karşılaştırır. Bu oran, mahkemelerin referans yıl içerisinde gelen dosyaları ne kadar sürede karara bağladığını ölçmektedir. Bu gösterge, yargı sisteminin dosya akışını nasıl yönettiğine dair daha fazla bilgi sağlamaktadır.¹⁹

Elden çıkarma süresine ilişkin veriler Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından 2022 yılından itibaren ve geçmiş döneme ilişkin olarak 2015 yılına kadar yayınlanmıştır. Bu nedenle aşağıdaki tablo ve grafikte 2015-2023 yıllarına ilişkin elden çıkarılma süreleri gösterilmiştir.

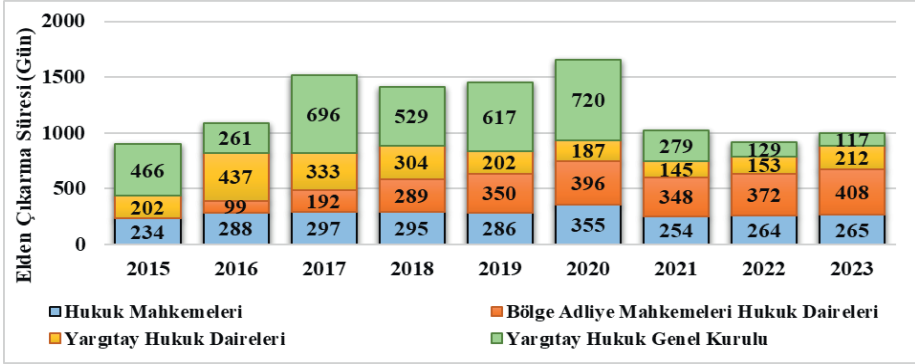
Tablo 2: Yıllara Göre (2015-2022) İlk Derece Hukuk Mahkemeleri, BAM Hukuk Daireleri, Yargıtay Hukuk Daireleri ve Yargıtay HGK Devreden Dosyaların Elden Çıkarılma Süreleri (Gün)²⁰

	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Hukuk Mahkemeleri	234	288	297	295	286	355	254	264	265
Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri	-	99	192	289	350	396	348	372	408
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Daireleri	203	435	335	305	205	191	146	153	211
Yargıtay Hukuk Daireleri	202	437	333	304	202	187	145	153	212
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	466	261	696	529	617	720	279	129	117

¹⁸ Bkz. Grafik 15.

¹⁹ Devreden Dosya Oranı: Referans yılı içinde karara bağlanan dosya sayısı / Referans yılın sonunda devreden dosya sayısını ifade etmektedir. Bkz. Adalet İstatistikleri 2022, XXVI.

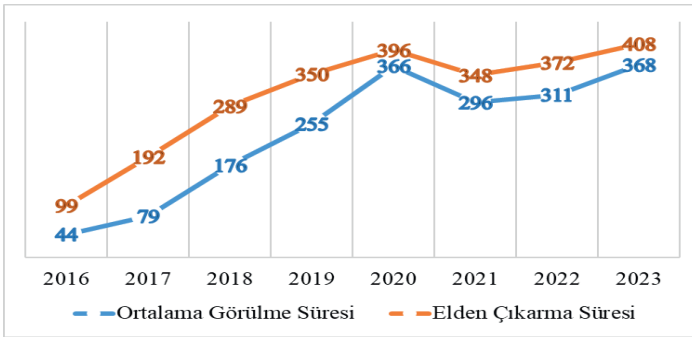
²⁰ Adalet İstatistikleri 2022, 12, 48; Adalet İstatistikleri 2023, 12, 49.



Grafik 5: Yıllara Göre İlk Derece Hukuk Mahkemeleri, BAM Hukuk Daireleri, Yargıtay Hukuk Daireleri ve Yargıtay HGK Elden Çıkarma Süresi (Gün)

Tablo 2 ve Grafik 5'e göre, elden çıkarılma süresi, BAM hukuk dairelerinde 2016-2022 yılları arasında genel olarak artış eğilimi göstermiştir. 2020 yılı verisine göre, bu yıl için elden çıkarılma süresi 396 gün ile BAM'ların faaliyette olduğu dönemler içindeki en yüksek süre olarak gerçekleşmiştir. Bu sonucun ortaya çıkmasında 2020 yılında Covid-19 salgınının yargı sistemi üzerinde yarattığı olumsuzlukların etkili olduğu söylenebilir.²¹ Zira 2020 yılında yargı hizmetlerinin sürdürülmesinde duraklamalar ve aksamalar olmuştur.²² 2021 ve 2022 yıllarında elden çıkarılma süresinde bir miktar kısalma olmuş ise de BAM hukuk daireleri için elden çıkarılma süresi 350-400 gün arasındadır.

Grafik 6'da yıllara göre BAM hukuk daireleri ortalama görülme süresi ve devreden dosyaların elden çıkarılma süresi (Gün) karşılaştırılmıştır.



Grafik 6: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Ortalama Görülme Süresi ve Devreden Dosyaların Elden Çıkartılma Süresi (Gün)

²¹ Sağlık Bakanlığı'na göre, Koronavirüs Hastalığı (Covid-19), ilk olarak Çin'in Wuhan Eyaleti'nde Aralık ayının sonlarında solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanan bir virüsdür. Bkz. 'Covid-19 Nedir?' <<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>> Erişim Tarihi 20.09.2023.

²² CEPEJ raporunda da benzer tespitler ortaya konulmuştur. Bkz. Council of Europe, *European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report*, Part 1 (2022) 157, Grafik 5.24 <<https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>> Erişim Tarihi 20.08.2023.



Belirtmek gerekir ki BAM hukuk daireleri için elden çıkarma süreleri yukarıdaki başlık altında açıklanan ortalama görülme sürelerinden daha uzundur. BAM hukuk dairelerinde referans yıllardaki elden çıkarma süreleri ortalama görülme sürelerinden çok daha fazladır.²³ Kanımızca bu durumun sebebi, BAM hukuk daireleri önünde birikmiş olan dosya sayısının ve buna bağlı olarak devreden dosyaların karara bağlanan dosyalara oranla fazla olmasıdır. Birikmiş ve devreden dosya sayısı ne kadar fazla ise elden çıkarma süresi de buna paralel olarak daha uzundur.

BAM hukuk dairelerindeki elden çıkarma sürelerinin uzun olması ve yıllar içinde artış göstermesi, politika yapıcılar bakımından ve adalet bürokrasisi yönünden ciddi bir ikaz olarak değerlendirilmelidir. Elden çıkarma süresindeki ciddi ve sürekli artış, ilgili mahkeme önünde çok fazla iş birikmesi olduğunu, mahkemelerin biriken bu işleri yönetemediğini ve hem referans yılda hem de takip eden yıllarda gerçek görülme sürelerinin çok daha uzun olacağını göstermektedir.

BAM'ların önünde sürekli ve aşırı derecede bir iş yığılması olduğu söylenebilir. Elden çıkarma süresi 2021 yılında bir önceki yıla göre bir miktar azalmışsa da 2022 yılında bir önceki yıla göre tekrar artmıştır. Nitekim 2023 yılında süreler uzamış; ortalama görülme süresi 368 güne, elden çıkarma süresi ise 408 güne çıkmıştır. BAM hukuk dairelerinde elden çıkarma sürelerinin 2016-2020 yılları arasında dört yıllık bir periyotla sürekli artmış olması, bu mahkemelerde 2020 yılı ve devamındaki dönemde incelenerek kapatılan dosyalardaki “gerçek görülme süresinin” daha uzun olduğuna ve 2023 ve 2024 yıllarında gerçek görülme süresinin istatistiklerde yer alan ortalama görülme veya elden çıkarma süresi gibi varsayımsal sürelerden daha uzun olacağına gösterge teşkil edebilir.

B. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Temizleme Oranları

Mahkemelerin performansını değerlendirmede yararlanılabilecek bir başka veri, mahkemenin referans yılda gelen dava ve işlerdeki temizleme oranıdır. Adalet İstatistikleri, yıl içindeki iş yükünün artış ve azalışını izlemek için “temizleme oranı”nı takip etmektedir. Temizleme oranı, adli birimde yıl içinde karara bağlanan dosyaların, yıl içinde yeni gelen dosyalara oranını gösterir. Yıl içinde çıkan dosyalar mahkemelerde sonuçlandırılan, karara bağlanan ve başka birime aktarılarak çıkarılan dosyaları ifade eder. Yıl içinde karara bağlanan dosyalar içinde referans yılda açılıp yine aynı yıl içinde çıkan dosyalar ile geçmiş yıllarda açılmış ancak referans yılda sonuçlanmış dosyalar olabilir.²⁴

Temizleme oranının %100 olması, ilgili mahkemenin yıl içinde gelen dosya sayısı kadar dosya temizlediğini göstermektedir. Bu durum mahkemenin gelen dosyalar ile baş edebildiğini, genel olarak dosyalarda bir yığılma meydana gelmediğini

²³ Karşılaştırma için bkz. Grafik 6.

²⁴ Hesaplama formülü: (Referans yılı içinde karara bağlanan dosyalar / Referans yılı içinde gelen (yıl içinde açılan + bozularak gelen) dosyalar)*100. Bkz. Adalet İstatistikleri 2022, XXXIII.

göstermektedir. Temizleme oranının 100'ün altında olması, ilgili mahkemenin yıl içinde gelen dosya sayısından daha az sayıda dosya temizlediğini göstermektedir. Temizleme oranının 100'ün üstünde olması, bu mahkemelerin yıl içinde gelen dosya sayısı kadar dosya temizlediğini ve devreden dosyalardan da bir kısmını temizlediğini göstermektedir.

Tablo 3'te 2015-2023 yılları arasında ilk derece hukuk mahkemeleri, BAM hukuk daireleri, Yargıtay hukuk daireleri, Yargıtay HGK tarafından incelenen dava ve işlerde temizleme oranları gösterilmiştir.

Tablo 3: Adalet Sistemi Evrelerine İlişkin Temizleme Oranı, %, 2015-2023²⁵

	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Hukuk Mahkemeleri	96.0	89.5	97.2	98.0	99.5	93.7	100.4	94.2	95.8
Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri	-	-	66.4	70.5	76.6	92.3	86.3	84.8	90.1
Yargıtay Hukuk Daireleri	88.1	69.0	143.1	158.3	167.6	129.7	107.6	108.3	120.2
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	74.3	136.4	63.7	182.2	165.5	142.8	172.0	151.4	97.0
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Daireleri	88.0	69.4	142.1	158.4	167.6	129.7	108.0	108.7	97.2

Tabloya göre BAM hukuk dairelerinin temizleme oranı 2017-2022 yılları arasında %100 olmamıştır. En yüksek temizleme oranı 2020 yılında %92,3 oranıyla gerçekleşmiştir. BAM'ların 2021-2022 yıllarında da ancak %85 civarında, 2022-23'de de %90 temizleme oranına ulaşabildiği görülmektedir.

BAM'lardaki temizleme oranının düşük olması ile mahkemelerin iş yükü ve elden çıkarma süreleri arasında yakın ilişki olup iş yükü, hem temizleme oranını hem de elden çıkarma sürelerini etkilemektedir. BAM'ların iş yükünün mahkeme ve hâkim sayısına nazaran fazla olması, temizleme oranının düşük düzeyde kalmasına ve bu sebeple de elden çıkarma sürelerinin uzamasına yol açmıştır. Bu konuda aşağıda ilgili başlıklar altında tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır.²⁶

C. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemelerinin İstinaf İncelemesi Sonucunda Verdiği Karar Türleri ve Performansa Etkisi

1. Genel Olarak

Bölge adliye mahkemeleri incelemelerini dosya üzerinden yaparak karar verebilecekleri gibi duruşma açarak da karar verebilir. HMK uyarınca duruşma yapılmadan dosya üzerinden karar verilebilecek haller HMK m. 352 ve 353'te düzen-

²⁵ Adalet İstatistikleri 2022, 11, 47; Adalet İstatistikleri 2023, 11,48.

²⁶ Bkz. Başlık II, D, 5 ve II, D, 7.



lenmiştir. HMK m. 352 ön incelemeyi düzenlemektedir, bu maddeye göre BAM ön incelemesini dosya üzerinden yaparak karar verir. HMK m. 353 ise hem ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gereken halleri hem de davanın esasına ilişkin olarak dosya üzerinden karar verilmesi gereken halleri düzenlemektedir.

İnceleme aşaması sonunda ise BAM, istinaf başvurusunu haklı bulmazsa başvurunun esastan reddine karar verir (HMK m. 353-354); istinaf başvurusu haklı ise ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davanın esası hakkında kendisi karar verebileceği gibi (HMK m. 353/1/b/2-3), Kanun'da sayılan hallerden biri gerçekleşmişse ilk derece kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir (HMK m. 353/1/1/1-6).

BAM'ın istinaf incelemesi sonucunda gerekmediği halde dosyanın yeniden inceleme yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermesi, öğretide ve uygulamada haklı eleştirilere konu olmaktadır.²⁷ Zira BAM hukuk daireleri, ilk derece mahkemeleri gibi davanın esası hakkında tahkikat yaparak davanın esası hakkında bizzat karar verme görev ve yetkisine sahiptir. BAM'ın görev ve yetkisini ihlal ederek her tür tahkikat eksikliğini tamamlamak üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermesi, Kanunun amacına ve açık hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu sebeple BAM'ların istinaf incelemesi sonucunda verdikleri karar türlerine ilişkin sayısal verilerin tespit edilerek ortaya konulması, daha çok hangi şekilde ve türde karar verdiklerinin tespiti bakımından önemlidir.

BAM'ların karar türlerine ilişkin sayısal verilere, yayımlanmış olan BAM'ların yıllık faaliyet raporlarından erişilebilmektedir. Bu araştırmada karar türlerine ilişkin sayısal veriler, BAM'ların yıllık faaliyet raporlarından elde edilmiştir. Ancak faaliyet raporlarındaki tablolarda, istinaf incelemesi sonunda verilen karar türlerinin HMK hükümlerine uygun olarak ve yeterince detaylı şekilde toplanmadığı, sınıflandırılmadığı ve sağlıklı bir şekilde raporlaştırılmadığı görülmüştür. BAM karar türleri, yararlandığımız faaliyet raporlarında, Tablo 4'te verilen başlıklarda toplanmıştır.²⁸ Söz konusu veriler HMK'nın öngördüğü karar türlerine tamamen uyumlu şekilde toplanmamış olmakla birlikte, BAM'ların daha çok hangi şekilde inceleme yaptığı ve ne tür kararlar verdiği konusunda fikir vermektedir.

²⁷ Muhammet Özkes ve Nilüfer Boran Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı* (1. Bası, On İki Levha Yayınları 2021) 1 vd.; Tolga Akkaya, 'İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi' iç MİHBİR *Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği 15. Toplantı 6-7 Ekim 2017/Antalya* (Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2018) 154 vd.

²⁸ BAM faaliyet raporlarında kararlarının niteliğine göre dağılım tablosu esas alınmıştır. Faaliyet raporlarındaki tabloda yer almayan sayılar bu çalışmadaki tablo ve grafiklere de dahil edilmemiştir. 2022 yılına kadar BAM'ların tamamına yakınında karar türleri Tablo 4'te belirtilen şekilde toplanmıştır. Ancak Van BAM karar türlerini sekiz başlık altında toplamıştır.

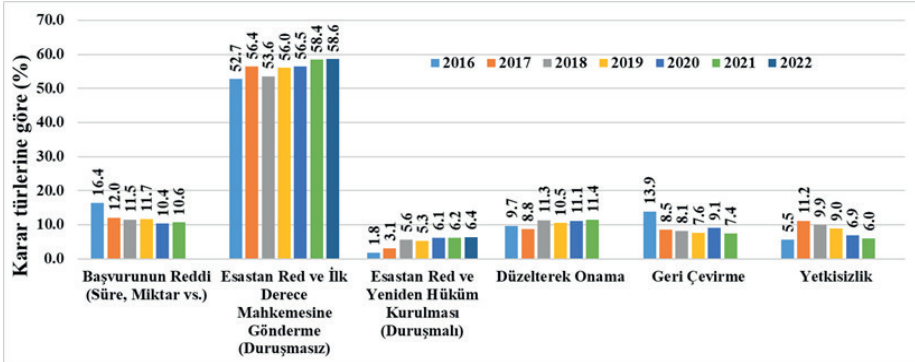
Tablo 4: BAM Faaliyet Raporlarında Hukuk Dairelerinin Karar Türleri

Başvurunun Reddi (Süre, Miktar vs.)	Esastan Red ve İlk Derece Mahkemesine Gönderme (Duruşmasız)	Esastan Red ve Yeniden Hüküm kurulması (Duruşmalı)	Düzelterek Onama	Geri Çevirme	Yetkisizlik
-------------------------------------	---	--	------------------	--------------	-------------

2. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Karar Türlerinin Dağılımı

BAM'lar tarafından yayınlanan yıllık faaliyet raporlarındaki verilere göre, BAM'lar tarafından verilen karar türlerinin yıllara göre dağılımı ve değişimi aşağıdaki grafikte gösterilmiştir.

BAM'ların 2016-2022 yılları arasında verdiği karar türleri incelendiğinde, çok yüksek oranda duruşmasız (dosya üzerinden) karar verdiği görülmektedir. 2022 yılında faaliyet raporlarında karar sınıflandırılması değiştirildiği için grafikte duruşmalı ve duruşmasız dışındaki sütunlarda veri yer almamıştır; 2022 yılına ilişkin karar türleri ise aşağıda ayrıca incelenmiştir.



Grafik 7: BAM Faaliyet Raporlarına Göre 2016-2021 Yılları BAM Karar Türleri (%)

Grafik 7'deki verilere göre, BAM'ların duruşmasız karar verme oranında 2020 yılından sonra artış olduğu gözlenmektedir. BAM'ların esastan ret ve ilk derece mahkemesine gönderme kararını içeren duruşmasız kararlarının oranı, %52,7 ile en düşük oranda 2016 yılında gerçekleşmiş, 2020 yılından itibaren bu karar türünün oranında artış yaşanmıştır. Buna göre "duruşmasız olarak verilen başvurunun esastan reddi ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi" kararlarının toplam BAM kararları içindeki oranı 2020 yılında %56,5; 2021 yılında %58,4; 2022 yılında ise %58,6 düzeyinde gerçekleşmiştir.

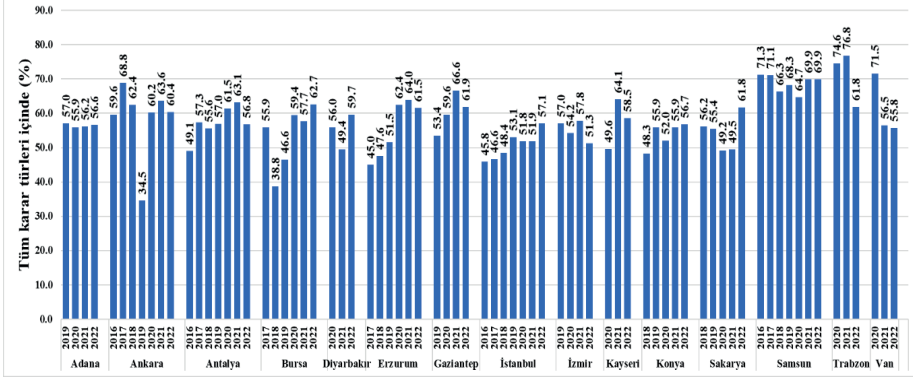
3. Yıllara ve Bölge Adliye Mahkemelerine Göre Duruşmasız ve Duruşmalı Karar Verilen Dosyaların Oranları

HMK'ya göre, BAM'lar usule ve esasa ilişkin olarak dosya üzerinden duruşma açmadan karar verebileceği gibi (HMK m. 353), incelemenin duruşmalı olarak



yapılmasına da karar verebilir. HMK m. 353'te düzenlenen ve dosya üzerinden karar verilebilecek haller dışında duruşmalı inceleme yapılması gerekir (HMK m. 356/1). İlk derece mahkemesindeki tahkikat eksikliklerinin BAM'da tamamlanması gereken durumlarda da duruşma yapılması öngörülmüştür. Kanun'daki düzenleme uyarınca, BAM'ların istinaf incelemesine konu dosyalarda genellikle dosya üzerinden karar verilebileceği ifade edilebilir. Bu bilgilerin ışığında BAM kararlarının duruşmalı veya duruşmasız verilmiş olması, BAM'ların kararlarını değerlendirmekte gösterge olarak kullanılabilir.

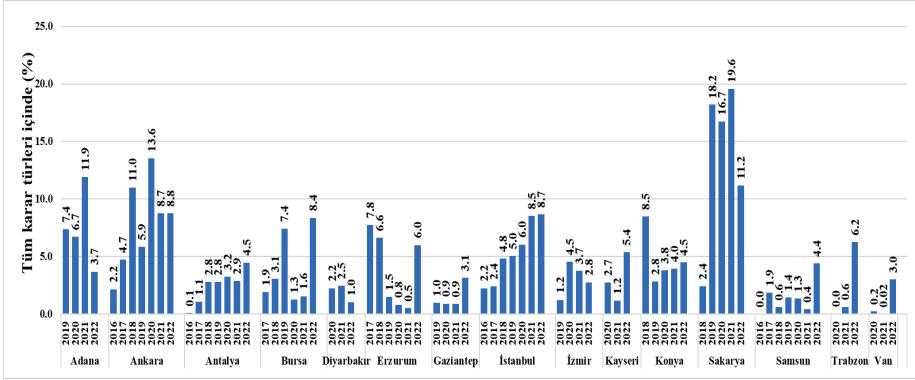
Grafik 8'de, duruşmasız esastan ret ve ilk derece mahkemesine gönderme kararlarının tüm karar türleri içindeki oranı gösterilmiştir. Mezkûr grafik, 2016-2022 yılları arasında faaliyet raporları bulunan BAM'ların faaliyette oldukları yıllar dikkate alınarak hazırlanmıştır. Buna göre, BAM'ların büyük oranda duruşma yapmadan ve dosya üzerinden karar verdikleri söylenebilir.



Grafik 8: BAM Faaliyet Raporlarında Yıllara Göre Duruşmasız Esastan Ret ve İlk Derece Mahkemesine Gönderme Şeklinde Verilen Kararların Tüm Karar Türleri İçindeki Oranı (%)

Yukarıdaki tabloya göre (Tablo 4) hazırlanan bu grafik, duruşmasız karar verilen dosyalar hakkında eksik veri sunmaktadır. Zira başvuru süresinin geçirilmesi, kararın kesinlik sınırının altında kalması ve benzeri sebeplerle ön inceleme sonucunda başvurunun usulden reddi kararları da dosya üzerinden verilmektedir. Ayrıca dosyanın geri çevrilmesi ve yetkisizlik kararları da dosya üzerinden verilen kararlardır. Yukarıdaki Tablo 4'te düzeltilerek onama olarak ifade edilen HMK m. 353/1/b/2 uyarınca verilen kararlar da dosya üzerinden verilen kararlardır. Buna göre duruşmasız karar verilen dosya sayısı ve oranı Grafik 8'de gösterilenden çok daha fazladır.

Bu durumu ortaya koymak amacıyla aşağıdaki Grafik 9'da BAM'ların faaliyet raporlarında yapılan sınıflandırmaya göre, verisi olan BAM'lar tarafından faaliyet gösterdikleri yıllarda duruşmalı olarak verdikleri karar türleri gösterilmiştir. Buna göre BAM'ların çok az oranda duruşma açarak karar verdikleri görülmektedir.



Grafik 9: BAM Faaliyet Raporlarında Yıllara Göre Duruşmalı Karar Verilen Dosyaların Tüm Karar Türleri İçindeki Oranı (%)

Yukarıda verilen grafikler incelendiğinde, BAM'ların HMK m. 353 uyarınca dosya üzerinden karar verebileceği birçok durum bulunduğu ve doğal olarak dosya üzerinden karar verilen işlerin oranının az olmayacağı söylenebilir de bu oranın %90'a yaklaşması, HMK'nın istinaf kanun yolu için öngördüğü sisteme uygun değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bir kararında ifade ettiği üzere, Kanunda öngörülen haller dışında istinaf incelemesinin (tahkikatın) duruşmalı yapılması esastır.²⁹ Özellikle istinaf incelemesinde ilk derece kararlarının hem vakia tespitleri hem de hukukun uygulanması bakımından denetlendiği, BAM'ların davanın esası hakkında tahkikat işlemlerini bizzat yapabileceği, eksik olan delilleri toplayıp değerlendirebileceği ve davanın esası hakkında hüküm kurabileceği dikkate alındığında, BAM'ların uygulamada duruşma yapmaktan kaçındıkları, tahkikatın tamamlanması gereken hallerde ilk derece kararının kaldırılmasına ve tahkikat işlemlerinin yapılması (tamamlanması) için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verdikleri gözlenmiştir.

²⁹ “İstinaf kanun yolu; HMK'nın 341 ila 360. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, bu hükümlere göre, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi incelemesini, ön inceleme ve asıl inceleme olmak üzere iki aşamada gerçekleştirmektedir. Bölge adliye mahkemesi öncelikle ön inceleme aşamasında (HMK m. 352) esas itibarıyla şekli koşulları inceler, bir eksiklik olmadığını tespit ettiği takdirde asıl inceleme yani tahkikat aşamasına geçer. Tahkikat aşaması şartları varsa dosya üzerinden (HMK m. 353) veya duruşmalı olarak yapılır. Kanun incelemenin duruşmalı yapıp yapılmayacağı hususundaki sınırlamayı; usule ilişkin hususlarda duruşma yapılmasına gerek olmayan hâller (HMK m. 353/1/a'da altı bent hâlinde) ve esasa ilişkin hususlarda duruşma yapılmasına gerek olmayan hâller (HMK m. 353/1/b'de üç bent hâlinde) olmak üzere iki ayrımda açıklamıştır. Bunun dışında ön inceleme aşamasından sonra bölge adliye mahkemesi duruşma açar ve tahkikatı yürütür. Bir başka deyişle; istinaf incelenmesinde kural; duruşma yapılması, kanunun öngördüğü hâllerde ise duruşma yapılmadan karar vermektir. Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddetmek veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurmak dâhil gerekli kararları verir (HMK m. 356/2).” Yargıtay HGK, 2-96/205, 4.3.2021 (Legalbank).



2020 yılında 7251 sayılı Kanunla HMK m. 353/1/a/6 bendinde değişiklik yapılmıştır. Maddenin eski haline göre “Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması” halinde ilk derece kararı kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilebilmekteydi. Maddenin yeni haline göre ise “Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması” halinde kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilir. Maddenin yeni içeriği öğretide eleştiri konusu olmuş ve BAM’ların gönderme kararı verdikleri hallerin sayısında artışa neden olacağı, eski düzenlemenin daha yerinde ve isabetli bir düzenleme olduğu, Yargıtay içtihatlarıyla da bu konuda dosyanın gerekmedikçe ilk derece mahkemesine gönderilmemesi konusunda belirli bir mesafe alındığı halde yapılan düzenlemeye daha fazla sayıda dosya hakkında gönderme kararı verileceğine işaret edilmiştir.

Eleştirilere konu olan yeni düzenlemenin içeriğini kısaca özetlemek gerekirse; 2020 yılında ilk derece kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği hallerin kapsamı genişletilmiş, BAM’a takdir yetkisi tanıyan yeni ölçütler getirilmiştir. Kanımızca 2020-2022 yılları arasında dosya üzerinden verilen karar sayısındaki artış, mahkemelerin iş yükündeki artış yanında, 2020 yılında HMK m. 353/1/a/6’da yapılan kanun değişikliğinden de kaynaklanabilir. Zira bu değişiklikte BAM’ların dosya üzerinden inceleme yaparak ilk derece kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebileceği haller genişletilmiştir. Ancak dosya üzerinden verilen kararlarda 2020’den sonra yüksek düzeyde bir artış olmadığını da belirtmek gerekir.

Esasında yapılan düzenlemenin amacı, tahkikatta ilk derece yargı hakkının kullanılmasını engelleyecek derecede önemli tahkikat eksiklikleri olması halinde, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini sağlamak olmasına rağmen; uygulamada BAM’ların iş yükünün artmaya devam etmesi, yargı çevrelerinin geniş olması, daire ve hâkim sayısının istenen düzeyde olmaması, tahkikat işlemleri için BAM’ların zaten ilk derece mahkemelerini istinabe etmek zorunda kalacak olmaları nedeniyle, BAM’lar kendilerinin tahkikat ve duruşma açarak giderebilecekleri eksikliklerin önemli bir bölümünün ilk derece mahkemesinde tamamlanması yönünde tercih kullanmaktadır. Sonuç olarak uygulamadaki durum HMK’da yer alan düzenlemenin amacına uygun olmayıp, medeni usûl hukukunun temel ilkelerinden usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zira BAM’lar tarafından kanuna uygun olmayan, gereksiz gönderme kararları verilmesi dosyanın ilk derece mahkemesinde ve BAM’da tekrar geçireceği inceleme süreçleri nedeniyle zaman ve gider kaybı yaşatmaktadır. Kanımızca bu sorun, BAM’ların yargı çevrelerinin daraltılması, BAM ve hukuk dairesi sayılarının artırılması, hâkim sayısının artırılması, iş yükünün azaltılmasına yönelik önlemlerin alınması ve BAM hukuk dairelerinin Kanunun amacını dikkate alarak usûl ekonomisi ilkesine (HMK m. 30) uygun inceleme yaparak karar vermeleriyle kısmen çözülebilir. Bu tedbirler daha ziyade mahkemelerin yönetimine ilişkin olup yargı organlarının sorunlarının çözülmesinde tek başına etkili değildir. Ayrıca yargı organlarının iş yükünü oluşturan dava ve işlerin ortaya çıkmasını önleyecek ekonomik ve sosyal önlemlerin alınması da bir o kadar önemli ve gereklidir.

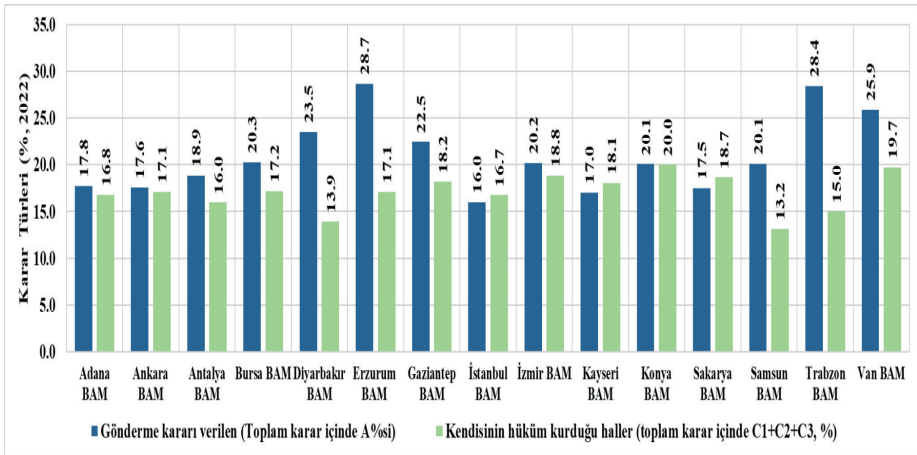
4. 2022 Yılında Bölge Adliye Mahkemelerine Göre Gönderme Kararlarının Oranları

Yukarıda 2016-2021 yıllarında BAM'ların karar türleri ile duruşmalı ve duruşmasız karar verdikleri hallere ilişkin veriler incelenmiştir. Bu başlık altında ise 2022 yılı ayrı olarak incelenmiştir. Zira 2022 yılına ait faaliyet raporlarında BAM'ların verdikleri karar türleri önceki yıllara nazaran daha farklı ve doğru şekilde sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma yöntemi, BAM'lar tarafından verilen karar türlerinin toplam karar sayısı içindeki oranını tespitine daha elverişli olup BAM'ların HMK m. 353 kapsamında dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilen durumları daha net şekilde görmek mümkündür.

Her bir BAM'ın hangi oranda gönderme kararı verdiği, hangi oranda kendisinin hüküm kurduğunu görebilmek için, BAM'ların 2022 yılı faaliyet raporlarında "verilen karar" olarak belirtilen bazı başlıklar birleştirilmiş ve aşağıdaki grafikler oluşturulmuştur. Verilen kararlar anlaşılır olması için aşağıdaki gibi isimlendirilmiştir:

- Kararın Kaldırılması ve Gönderme (HMK m. 353/1/a): **A**
- Başvurunun Esastan Reddi (HMK m. 353/1/b/1): **B**
- Kararın Düzeltilerek Esas Hakkında Hüküm Verilmesi (HMK m. 353/1/b/2): **C1**
- Yargılamada Bulunan Eksiklikler Nedeniyle Yeniden Esas Hakkında Karar Verilmesi (HMK m. 353/1/b/3): **C2**
- Kararın Kaldırılarak Yeniden Hüküm Verilmesi: **C3**

C1, C2 ve C3 istinafta yeniden hüküm verilmesini ifade etmektedir. Grafik 10'da bu üç karar türü birleştirilerek BAM'ların kendisinin davanın esası hakkında hüküm kurduğu dosyaların oranı hesaplanmış; böylece BAM tarafından davanın esası hakkında karar verilen dosyaların toplam kararlar içindeki oranı gösterilmiştir. Grafik 10'da toplam karar içinde gönderme kararı oranı ve mahkemelerin kendilerinin hüküm kurduğu kararların oranı birlikte verilmektedir.



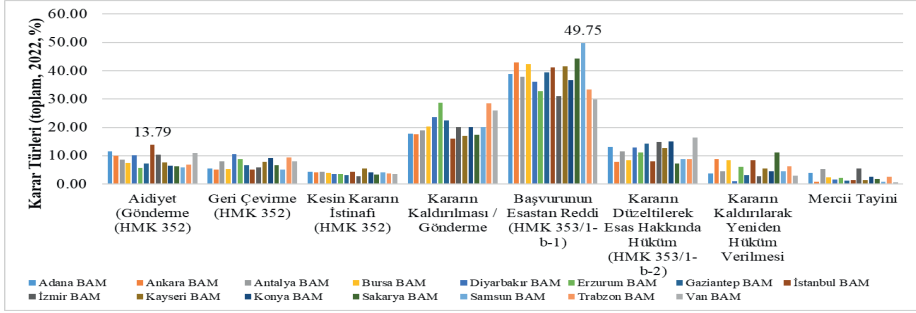
Grafik 10: 2022 Yılı BAM'larda Gönderme Kararı ve Esas Hakkında Karar Verilen Dosyaların Toplam Karara Bağlanan Dosya Sayısına Oranı (%)

Grafiğe göre, 2022 yılında, istinaf incelemesi sonunda ilk derece mahkemesinin nihai kararının kaldırılması ve davanın esası hakkında bizzat hüküm kurulması şeklindeki kararların toplam karar sayısı içindeki oranı, en fazla %20 civarındadır. Bazı BAM'larda bu oran %13'ler civarındadır. Örneğin, Samsun BAM'ın 2022 yılında verdiği kararların sadece %13,2'si davanın esasına ilişkin olarak bizzat verdiği kararlardandır.

Buna karşılık, BAM'larda, ilk derece mahkemesinin nihai kararının kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi şeklinde karar verilen dosya sayısının toplam kararlar içindeki oranı, en düşük %16 ve en yüksek %28,7 civarındadır. Örneğin İstanbul BAM 2022 yılında %16 oranında gönderme kararı verirken, Erzurum BAM %28,7; Trabzon BAM %28,4; Van BAM %25,9; Diyarbakır BAM %23,5 oranında vermiştir.

BAM'lara göre karar türlerinin oranında değişiklik olmakla birlikte, bazı BAM'ların daha yüksek oranda ilk derece kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verdikleri görülmektedir. Kuşkusuz bu kararlar içinde kanuna uygun ve gerekli olması nedeniyle verilen gönderme kararları da yer alıyorsa da buna rağmen gönderme kararlarının oranının yüksek olduğu söylenebilir. Aşağıdaki grafikte de görüleceği üzere kararların büyük bir çoğunluğu (örneğin Samsun BAM'da %49,75'i) başvurunun esastan reddine ilişkindir. Buna karşılık istinaf başvurunun haklı olduğu hallerde verilen kararların büyük bir bölümü HMK m. 353/1/a kapsamında ilk derece kararının kaldırılması ve gönderme kararı şeklindedir. Sadece İstanbul ve Ankara BAM'larda gönderme kararları ile BAM'ın bizzat esas hakkında karar verdiği dosya sayıları eşit düzeyde olup, bu durum dahi olması gereken seviyenin altındadır. Olması gereken uygulama, BAM'ın ilk derece yargılamasındaki tahkikat eksikliğini bizzat tamamlaması ve davanın esası hakkında kendisinin karar vermesidir. Grafikte görülen durumda, dosyaların büyük bir bölümünde dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmekte, ilk derece mahkemesi tarafından yeniden tahkikat açılmakta ve esas hakkında yeniden karar verilmektedir. İlk derece mahkemesinin bu kararı da istinafa tâbi olup taraflar yeniden istinafa başvurabilmektedir. Dosyanın ilk derece ve BAM arasında bu şekilde gidip gelmesi, yargılamayı gereksiz biçimde uzatan önemli bir faktördür. Bunun yerine ilk derece mahkemesinin kararının yanlış olduğu halde, BAM tahkikatı kendisi tamamlayarak davanın esası hakkında karar verirse, bu kez dosya ilk derece mahkemesine gönderilmeden, hatta temyize tâbi karar da değilse karar verildiği anda kesinleşir. Böylece ne ilk derece mahkemesi ne de BAM aynı dava dosyasını ikinci kez incelemek zorunda kalmadan yargılama sona erdirilebilir.

Grafik 11'de ve Tablo 5'te 2022 yılında BAM hukuk daireleri tarafından verilen karar türleri ve bu kararların toplam karar sayısına oranları gösterilmiştir.



Grafik 11: 2022 Yılı Bölge Adliye Mahkemelerine Göre Karar Türleri

Tablo 5: 2022 Yılı Bölge Adliye Mahkemelerine Göre İstinaf Derecesinde Verilen Karar Türleri ve Oranları (%)³⁰

	Aidiyet (Gönderme) (HMK m. 352)	Geri Çevirme (HMK m. 352)	Kesin Kararın İstinafi (HMK m. 352)	Stire Yöntünden Ret (HMK m. 352)	Başvuru Şartlarının Gereğinin Yerine Getirilemediğinden Ret (HMK m. 352)	Başvuru Gereğinin Gösterilememesi Nedeniyle Ret (HMK m. 352)	Kararın Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi (HMK m. 353/1/a)	Başvurunun Esastan Reddi (HMK m. 353/1/b/1)	Kararın Düzeltilecek Esas Hakkında Hüküm (HMK m. 353/1/b/2)	Yargılamada Bulunan Eksiklikler Nedeniyle Yeniden Esas Hakkında Karar (HMK 353/1/b/3)	Kararın Kaldırılarak Yeniden Hüküm Verilmesi
Adana	11.5	5.6	4.2	0.2	0.4	0.1	17.8	38.9	13.1	0.0	3.7
Ankara	9.9	5.0	4.0	0.2	0.4	0.1	17.6	42.9	7.9	0.5	8.8
Antalya	8.5	8.0	4.2	0.2	0.9	0.0	18.9	37.9	11.5	0.0	4.5
Bursa	7.4	5.2	4.0	0.3	0.5	0.3	20.3	42.4	8.4	0.5	8.4
Diyarbakır	10.1	10.5	3.6	0.4	0.3	0.0	23.5	36.1	12.9	0.1	1.0
Erzurum	5.7	8.9	3.5	0.3	0.5	0.1	28.7	32.9	11.1	0.0	6.0
Gaziantep	7.2	6.7	3.1	0.2	1.4	0.2	22.5	39.4	14.3	0.7	3.1
İstanbul	13.8	5.0	4.4	0.3	0.6	0.3	16.0	41.1	8.1	0.2	8.5
İzmir	10.3	5.8	2.8	2.1	3.1	0.3	20.2	31.1	14.8	1.3	2.8
Kayseri	7.6	7.9	5.5	0.4	0.7	0.0	17.0	41.5	12.6	0.1	5.4
Konya	6.5	9.1	4.2	0.2	0.6	0.0	20.1	36.6	15.1	0.4	4.5
Sakarya	6.2	6.6	3.4	0.6	1.1	0.0	17.5	44.3	7.2	0.3	11.2
Samsun	5.9	5.1	4.2	0.3	0.7	0.0	20.1	49.8	8.7	0.0	4.4
Trabzon	6.8	9.5	3.7	0.3	0.3	0.0	28.4	33.4	8.7	0.0	6.2
Van	11.0	8.1	3.5	0.9	0.2	0.1	25.9	29.9	16.4	0.3	3.0
Toplam	8.6	7.1	3.9	0.5	0.8	0.1	21.0	38.5	11.4	0.3	5.4

³⁰ 2022 yılında tüm BAM'ların faaliyet raporlarında karar türlerine ilişkin Tablo 5'deki başlıklara ek olarak "dava nakli" ve "mercii tayini" başlıklarına da yer verilmiştir. Ayrıca Ankara BAM, bunlara ek olarak "istinaf başvurusunun feragat nedeniyle esastan reddi" ile "geçici hukuki koruma" şeklinde iki karar türüne daha yer vermiştir.



BAM'ların Grafik 11'e ve Tablo 5'e yansıyan uygulamaları, kararların büyük bir bölümünün duruşmasız verildiğini göstermektedir. Zira HMK hükümleri dikkate alındığında, Grafik 11'de ve Tablo 5'te yer verilen "Kararın Kaldırılarak Yeniden Hüküm Verilmesi" durumu dışındaki diğer tüm kararlar, duruşma yapılmadan ve dosya üzerinden verilen kararlardır. Buna göre, BAM'ların genelinde 2022 yılında duruşma yapılarak yeniden hüküm kurulması şeklinde verilen kararlar, tüm kararların %10'unu aşmamaktadır.

Grafiklerde, BAM'ların duruşma yapmadan esastan ret ve ilk derece mahkemesine gönderme kararı verdiği dosya sayısının toplam karar sayısına oranı oldukça yüksektir. Bu grup içinde kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilen durumlar önemli bir yer tutmaktadır. Buna karşılık duruşmalı olarak kararın kaldırılarak yeniden hüküm kurulması kararlarının oranı ise çok düşüktür. BAM'ların düzelterek esas hakkında karar verdikleri dosya sayıları da katılırsa, BAM hukuk dairelerinin "esas hakkında bizzat karar verdiği dosya sayısı" en fazla %20 civarında olduğu söylenebilir. Sonuç olarak BAM'ların istinaf incelemesi sonunda bizzat hüküm kurduğu haller sınırlı kalmıştır.

Bu veriyi istinaf mahkemelerine sahip olan Alman yargı sistemiyle³¹ karşılaştırmak genel bir fikir vermesi bakımından dikkat çekicidir. Almanya'da 2022 yılı verilerine göre Landgericht (LG) önünde istinaf derecesinde verilen karar sayısı 33bin 745, Oberlandesgericht (OLG) önünde istinaf derecesinde verilen karar sayısı ise 64bin 145'dir. İstinaf derecesinde karar verilen dosya sayısı ise toplam 97.890'dır.³²

Almanya'da istinaf derecesinde Landgericht'in ve Oberlandesgericht'in yargılama sonundaki esasa ilişkin kararıyla sona eren dosya sayıları ve toplamı aşağıdaki gibidir.

Tablo 6: İstinaf Derecesindeki Esasa İlişkin Karar Türleri ve Sayıları³³

Karar Türleri	LG	OLG	Toplam	Esasa İlişkin Toplam Karar Sayısına Oranı	Toplam Karar Sayısına Oranı
Aufhebung und Zurückverweisung (İlk derece kararının kaldırılması ve geri gönderme)	842	835	1677	7.0	1.7

³¹ Alman Hukuku'nda Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (Gerichtsverfassungsgesetz -GVG) m. 72'ye göre mezkûr maddede sayılan Amtsgericht (sulh mahkemesi) kararlarına karşı istinaf mercii olarak Landgericht (bölge mahkemesi); GVG m. 119'a göre Landgericht'lerin kararlarına karşı Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi) istinaf mercii olarak görev yapmaktadır.

³² Alman istinaf mahkemelerinin verileri için bkz. 'Statistischer Bericht - Zivilgerichte – 2022' <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-zivilgerichte-2100210227005.html>> Erişim Tarihi 07.05.2024.

³³ Statistischer Bericht - Zivilgerichte – 2022.

Karar Türleri	LG	OLG	Toplam	Esasa İlişkin Toplam Karar Sayısına Oranı	Toplam Karar Sayısına Oranı
Änderung und/oder eigene Sachentscheidung (Hükümün değiştirilmesi ve davanın esası hakkında karar)	4338	6907	11245	47.0	11.5
Volle Zurückweisung der Berufung als unbegründet (İstinaf talebinin esastan reddi)	2555	6846	9401	39.3	9.6
Verwerfung der Berufung als unzulässig (İstinaf başvurusunun caiz olmadığından reddi)	140	144	284	1.2	0.3
Anderweitige Entscheidung (Diğer karar türleri)	688	606	1294	5.4	1.3
İstinafta Başvurusunun Esasına İlişkin Kararla Sona Eren Toplam Dosya Sayısı	8563	15338	23901	100.0	24.4
Toplam Karar Sayısı	33745	64145	97890	-	100.0

Bu verilere göre 2022 yılında istinaf mahkemesinin istinaf başvurusunun esasına ilişkin kararıyla sona eren toplam dosya sayısı 23.901 olup, bunlardan 1 bin 677 dosyada ilk derece kararının kaldırılmasına ve tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Gönderme kararı verilen dosya sayısının, istinaf başvurusunun esasına ilişkin verilen toplam karar sayısı içindeki oranı %7 civarındadır. İstinaf mahkemeleri tarafından verilen tüm karar sayıları içindeki oranı ise %1.7 civarındadır. Türkiye’de ise 2022 yılında BAM gönderme kararlarının tüm BAM kararları içindeki oranı, en düşük %16 ve en yüksek %28.7 civarında olup ortalaması %21’dir. BAM’ların istinaf başvurusunun esası hakkında verdikleri toplam karar sayısı içinde gönderme kararlarının oranı ise daha yüksek çıkmakta olup %27 civarındadır.

Almanya’da istinaf derecesinde davanın esası hakkında karar verilen dosya sayısı ise 11.245’tir. Buna göre, davanın esası hakkında ilk derece kararının kaldırılması ve esas hakkında yeniden karar verilen dosya sayısının, başvurunun esasına ilişkin toplam karar sayısı içindeki oranı %47’dir.³⁴ Davanın esası hakkında istinaf mahkemesi tarafından karar verilen dosya sayısının tüm kararlar içindeki oranı ise %11.5 civarındadır. Davanın esası hakkında karar verilen dosya sayısı bu durumda az gibi gözükmekteyse de geri kalan karar türlerinin büyük bir bölümü % 55 civarında ön inceleme aşamasında verilen usule ilişkin kararlar ve istinaf başvurusunun geri alınması nedeniyle verilen kararlardan oluşmaktadır. Davaların önemli bir bölümü yine istinaf mahkemesinin bizzat verdiği kararlarla sona ermektedir. Türkiye’de 2022

³⁴ Bu güncel veriler, 2014 yılı verilerine göre istinaf mahkemelerinin bizzat esas hakkında karar verdiği dosyaların toplam karar verilen dosya sayısı içindeki oranı olan % 47 ile uyum içindedir. Bkz. Akkaya (n 27) 155.

yılında BAM tarafından davanın esası hakkında verilen karar sayısının tüm karar sayısına oranı %17,1'dir.

Almanya'nın nüfusu ile Türkiye'nin nüfuslarının birbirine çok yakın olduğu dikkate alındığında hem ilk derece hukuk mahkemelerinde hem de BAM'da dosya yükü çok daha fazladır. İş yükünün fazla olması istinaf sisteminin işleyişiyle ilgili problemleri de beraberinde getirmektedir.

D. YILLARA GÖRE İŞ YÜKÜNÜN, HÂKİM SAYILARININ VE HÂKİM BAŞINA DOSYA SAYILARININ BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN PERFORMANSINA ETKİSİ

Bu başlık altında performans kriteri olarak öncelikle yıllara göre hâkim sayıları incelenmiştir. Daha sonra hâkim başına dosya sayıları, hâkim başına iş yükü, ortalama dava görülme süreleri değişkenleri birlikte değerlendirilmiştir.

1. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri Hâkim Sayıları ve Hâkim Sayısındaki Değişim

Aşağıdaki tabloda Hâkimler ve Savcılar Kurulu'ndan alınan verilere göre, BAM hukuk dairelerinde görevli hâkim sayıları gösterilmiştir. Yıllara göre hâkim sayılarının bilinmesi, yıllara ve BAM'lara göre hâkim başına düşen dosya sayısının hesaplanmasını sağlamaktadır. Böylece BAM hâkim başına düşen iş yükü izlenebilmektedir.

Tablo 7: Yıllara ve BAM'lara Göre BAM Hukuk Dairelerinde Görevli Hâkim Sayıları³⁵

Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri Hâkim Sayısı							
BAM / YIL	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Adana	-	35	39	41	53	63	65
Ankara	116	119	126	143	166	175	188
Antalya	48	50	52	53	53	58	59
Bursa	-	37	37	45	54	62	67
Diyarbakır	-	-	-	30	36	36	41
Erzurum	20	21	25	22	27	30	31
Gaziantep	65	67	71	57	67	79	77
İstanbul	140	138	164	187	234	247	257
İzmir	67	71	74	82	100	108	112
Kayseri	-	-	-	35	35	35	35
Konya	-	-	32	34	35	40	41
Sakarya	-	-	37	40	48	53	51
Samsun	28	27	34	35	36	35	35
Trabzon	-	-	-	19	20	20	20

³⁵ Hâkimler ve Savcılar Kurulu

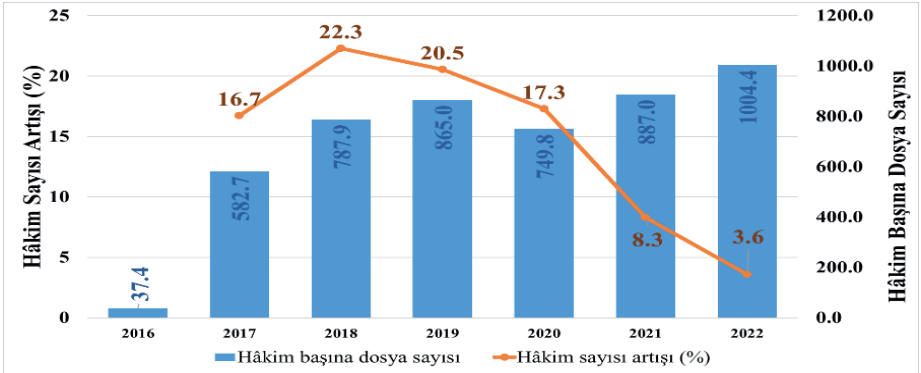
Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri Hâkim Sayısı							
BAM / YIL	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Van	-	-	-	10	13	17	17
TOPLAM	484	565	691	833	977	1058	1096

Tablo 7’de BAM hukuk dairelerinde görevli toplam hâkim sayısının 2016 yılında 484’ten 2022 yılında 1096’ya çıktığı görülmektedir.

2. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Görevli Hâkim Başına Düşen Dosya Sayısı

Aşağıdaki grafiklerde BAM hukuk dairelerinde görevli hâkim başına düşen dosya sayıları verilmiştir. Grafiklerde hâkim başına dosya sayısı, yıllara göre ve tüm BAM’lar için toplam hâkim başına dosya sayısı olarak gösterilmiştir. Hâkim başına düşen dosya sayısı Türkiye genelindeki mahkemelerde görevli bir hâkimin referans yıl içinde bakmakla görevli olduğu dosya sayısını gösterir.³⁶

Grafik 12’de 2016’dan itibaren BAM hukuk dairelerinde hâkim başına dosya sayıları görülmektedir. Bu sayının 2017’den itibaren hızla arttığı, 2019’da ortalama 865, 2022’de ise 1004 olduğu görülmektedir. Bu durum hâkimlerin iş yükünün sürekli olarak arttığını ve hâkimlerin iş yükü baskısı altında olduğunu göstermektedir. Aynı dönemde hâkim sayısındaki artış da gösterilmiştir. Ancak hâkim sayısındaki artış oranı 2019 yılından itibaren azalmıştır. Hâkim sayısında yıllara göre değişimi gösteren veriler de dikkate alındığında, hukuk dairelerinin üye sayısında artış yapılması da iş yükü sorununun çözümüne yeterince katkı sağlamamıştır.



Grafik 12: Yıllara Göre Hukuk Dairelerindeki Hâkim Başına Dosya Sayısı ve Hâkim Sayısı Artış Oranı (%)

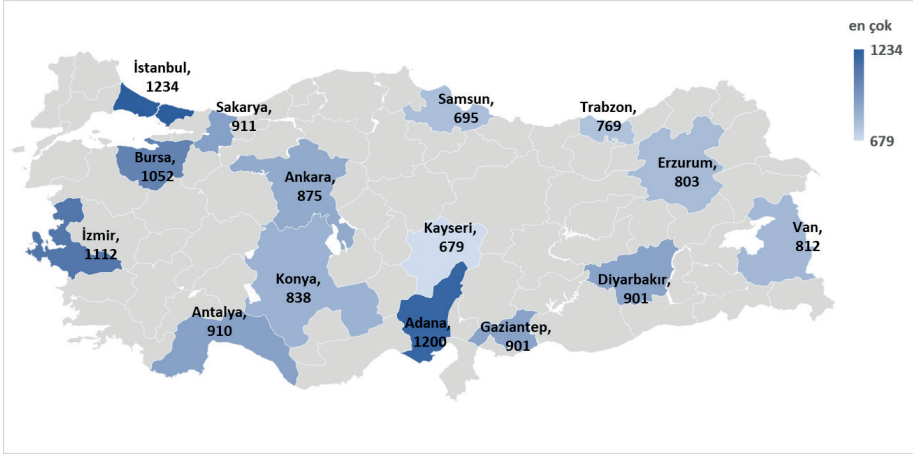
Tüm BAM’larda hâkim başına dosya sayısı incelendiğinde 2020 yılı hariç 2016-2022 yıllarında hâkim başına dosya sayısı sürekli artmıştır. 2017 yılında hâkim başına dosya sayısında çok yüksek oranda artış görülmektedir. Bu durumun sebebi

³⁶ Hesaplama formülü: Referans yılda dosya sayısı /Referans yılda görevli hâkim sayısı (Adalet İstatistikleri 2022, XXVIII).



BAM'ların 2016 Temmuz ayında faaliyete başlaması ve gerçek anlamda BAM iş yükünün 2017 yılından sonra ortaya çıkmış olması ve BAM hâkim sayısının henüz çok yetersiz olmasıdır. Takip eden yıllarda BAM hâkim sayısında artış yapılmışsa da 2018 ve 2019 yıllarında da hâkim sayısı yetersiz kaldığından, hâkim başına dosya sayısı yüksek oranda artış göstermiştir. 2020 yılında ise hâkim başına dosya sayısında genel olarak azalma olmuştur. Kanımızca bu azalma 2020 yılında Covid-19 Pandemisi nedeniyle yargı işlerinin durdurulması ve ertelenmesi konusunda alınan önlemlerden ve genel olarak salgının toplum üzerindeki etkilerinden kaynaklı olarak gelen iş yükünde azalma olmasından ve ayrıca hâkim sayısında artış yapılmaya devam edilmiş olmasındandır.

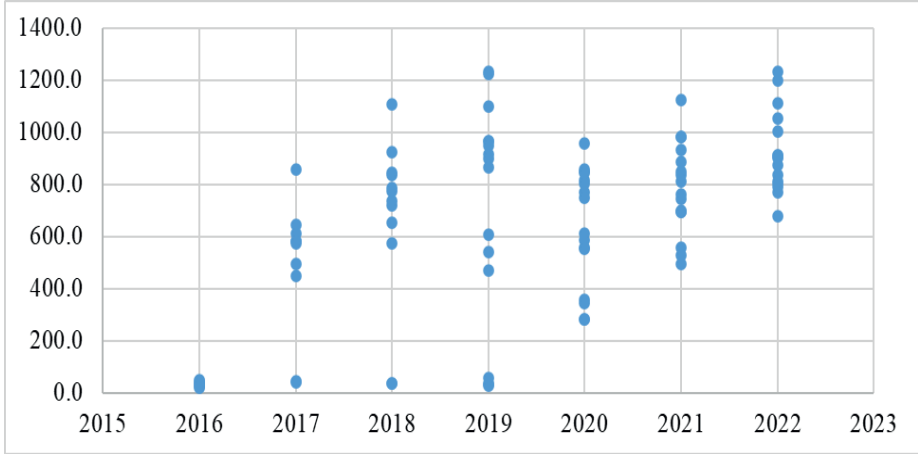
Grafik 13 sadece 2022 yılı için hâkim başına dosya sayısını göstermektedir. BAM'lar ayrı ayrı değerlendirildiğinde ise hâkim başına dosya sayısındaki değişim farklılık arz etmektedir. Hâkim başına dosya sayısının fazlalığına göre BAM'lar gruplandırılmıştır.



Grafik 13: 2022 Yılı Verilerine Göre BAM Hâkim Başına Dosya Sayısı

Yukarıdaki haritada iş yükü fazla olanlar koyu renkle, az olanlar ise açık renkle vurgulanmıştır. Örneğin, İstanbul ve Adana BAM'da hâkim başına dosya sayısı diğer BAM'lara göre fazladır. 2022 yılında İstanbul, İzmir, Bursa ve Adana için 1000-1200 dosya; Gaziantep, Sakarya, Antalya, Diyarbakır için 900-1000 dosya; Ankara, Konya, Erzurum ve Van için 800-900 civarındadır. Samsun ve Trabzon BAM'ın hâkim başına iş yükü ise diğerlerine nazaran daha azdır. İş yükü fazla olan yargı çevrelerinde yeni BAM'ların açılması ve BAM'ların yargı çevresinin daraltılması, BAM'larda yeni hukuk dairelerinin kurulması ve hâkim sayısının artırılmasıyla, hâkimlerin iş yükünün daha dengeli hale getirilmesi mümkün olabilecektir. Böylece temizleme oranları ve ortalama yargılama süreleri bakımından BAM'lar arasındaki farklılıklar da giderilebilir. Ancak bunu yaparken iş yükü makul düzeyde olan BAM'ların iş yükünü diğer BAM'lara nazaran daha fazla artırmamaya da özen gösterilmelidir.

Aşağıda Grafik 14’te yıllara ve BAM’lara göre hâkim başına dosya sayısındaki dağılım gösterilmiştir.



Grafik 14: BAM Hukuk Daireleri Hâkim Başına Dosya Sayısı

Grafikteki her bir işaretli nokta, yıllara göre farklı BAM’larda hâkim başına dosya sayısını göstermektedir. Bu grafiğe göre hâkim başına dosya sayısı genel olarak, 2019 yılına kadar hızla artış göstermiştir. 2019 yılı verisine göre, BAM’larda hâkim başına dosya yükü bakımından bir grup önde, bir grup ortada ve bir grup arkada olacak şekilde dağılmıştır. Hâkim başına dosya sayısı bakımından üstte iki, ortada üç, aşağıda üç ve en altta iki birbirine benzeyen BAM bulunmaktadır. Bu tabloyu bisiklet yarışındaki bisikletçilerin dağılımına benzetmek mümkündür. Buna göre önde bir grup, ortada bir grup, arkada bir grup ve geniş bir yelpaze söz konusudur. 2020 yılından sonra ise (2021-2022 yıllarında) BAM hukuk daireleri hâkim başına dosya sayıları bakımından birbirlerine yaklaşmıştır. Bu yaklaşımla bazı BAM’ların iş yükü azalmış bazılarının ise artmıştır. Kanımızca bu tablonun oluşmasında zaman içinde yeni BAM’ların açılmasıyla iş yükü fazla olan BAM’ların iş yükünün devralınmış olması, BAM’ların yargı çevresinin küçülmesi etkili olmuştur. Ancak bu gelişme genel olarak BAM’ların iş yükünün azalması sonucunu doğurmamıştır; tam tersine genel olarak BAM’lardaki hâkim başına ortalama dosya sayısı, 2016’dan bu yana en yüksek seviyeye ulaşmıştır.

3. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri İş Yükü, Hâkim Sayıları, Hâkim Başına Dosya Sayısı ve Ortalama Görülme Süresi Arasındaki İlişki

Aşağıda Tablo 8’de, 2017-2022 yılları arasında, bir önceki yıla göre, hâkim başına dosya sayısındaki artış/azalma oranları, ortalama görülme süresi artış/azalma oranları, hâkim sayısı artış oranları, BAM hukuk daireleri toplam dosya sayısındaki artış oranlarına yer verilmiştir. Böylece hâkim başına dosya sayıları, BAM hukuk dairelerinin etkinliğin ölçülmesi için diğer değişkenlerle ilişkilendirilmiştir.

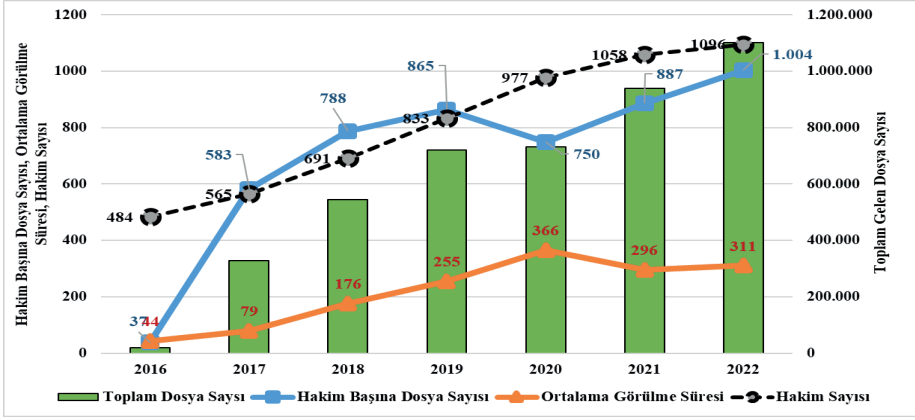


Tablo 8: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Dosya Sayısı, Hâkim Sayısı, Hâkim Başına Dosya Sayısı ve Görülme Süresi

	Hâkim Başına Dosya Sayısı Artışı %	Görülme Süresi Artışı %	Hâkim Sayısı Artışı %	Toplam Dosya Sayısı Artışı %
2016				
2017	1456,5	79,5	16,7	1717,0
2018	35,2	122,8	22,3	65,4
2019	9,8	44,9	20,5	32,3
2020	-13,3	43,5	17,3	1,7
2021	18,3	-19,1	8,3	28,1
2022	13,2	5,1	3,6	17,3

Tabloya göre, 2020 yılında hâkim başına düşen dosya sayısındaki -%13,3'lük azalma, 2021 yılında BAM hukuk dairesi ortalama görülme süresinde -19,1'li bir azalma ile sonuçlanmıştır. 2020 yılında BAM hukuk dairelerinin toplam dosya sayısındaki artış oranı %1,7 olmasına (yukarıda da açıklandığı üzere iş yükündeki azalma, COVID-19 Pandemisi ile mücadele önlemleri sebebiyle yargı faaliyetlerinin durdurulmasından kaynaklanmıştır) rağmen, hâkim sayısında bir önceki yıla göre artış oranı %17,3 olarak gerçekleştiğinden, hâkim başına düşen dosya sayısında % -13,3 oranında azalma olmuş; bunun sonucunda takip eden 2021 yılında ortalama görülme süresinde % -19,1 oranında bir önceki yıla göre azalma olmuştur. Bu veriye göre, BAM hukuk dairelerinde görevli hâkim sayısı ve insan kaynağının yeterli düzeyde olup olmaması, ortalama görülme süresini doğrudan ve belirgin şekilde etkilemektedir. Toplam iş yükündeki azalma, hâkim başına düşen dosya sayısındaki azalma ve bununla birlikte hâkim sayısındaki artış BAM'ların performansını olumlu yönde etkilemektedir. Ancak toplam iş yükünde artışın devam etmesi, hâkim sayısının yetersiz kalması nedeniyle 2022 yılı ve sonrasında ortalama görülme süresinin tekrar artış eğilimine girdiği söylenebilir. Ayrıca toplam iş yükünde ve hâkim başına düşen dosya sayısındaki artış, temizleme oranında artış olmasını da baskılamaktadır.

Grafik 15'te tablo bilgileri görülebilir. Grafikte 2016-2022 yılları arasında BAM hukuk dairelerinde görevli hâkim sayısı, hâkim başına düşen dosya sayısı, ortalama görülme süresi ile toplam dosya sayılarına birlikte yer verilmiş ve bu veriler arasındaki ilişki ortaya konulmuştur.



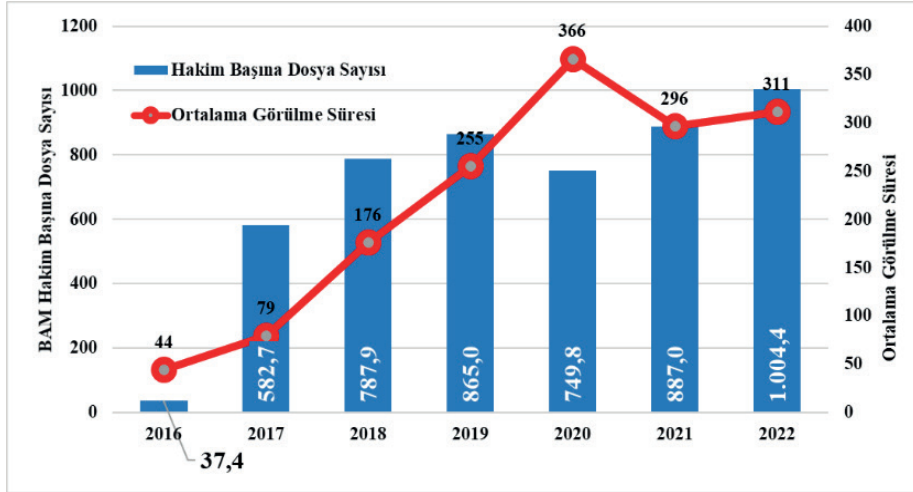
Grafik 15: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Toplam Dosya Sayısı, Hâkim Başına Dosya Sayısı ve Ortalama Görülme Süresi

BAM'ların faaliyete başladığı 2016 yılından 2022 yılı sonuna kadar BAM hukuk dairelerine gelen toplam dosya sayısı sürekli olarak artmıştır. 2022 yılı itibariyle, toplam gelen dosya sayısı 1.100.000 civarındadır. Bu veri, 2022 yılı itibariyle daha önce istinaf kanun yolunun olmadığı dönemde Yargıtay'da olan iş yükünün tamamının artık BAM'larda olduğunu göstermektedir. Toplam dosya sayısındaki artışa paralel olarak hâkim başına düşen dosya sayısında -2020 yılı hariç- düzenli bir artış yaşanmış ve BAM hâkimlerinin iş yükü sürekli artmıştır. 2016-2022 yılları arasında, BAM'da görev yapan hâkim sayıları, sürekli olarak artış göstermişse de bu artış oranı, toplam dosya sayısındaki artış oranının altında kaldığından hâkim başına düşen iş yükü artmıştır.

BAM'a gelen toplam iş yükü ve hâkim başına düşen dosya sayısındaki artışa bağlı olarak, ortalama görülme süresi sürekli artmıştır. Başka bir deyişle, BAM hukuk dairelerinde istinafta geçen süreler 2020 yılına kadar sürekli olarak uzamıştır. 2020 yılında ortalama görülme süresi 366 gün ile en uzun süreye ulaşmış, 2021 yılında ise 2020 yılında iş yükünde yaşanan azalmaya bağlı olarak ortalama görülme süresi önemli derecede azalarak 296 güne düşmüştür. Ancak 2021 yılında BAM'a gelen toplam iş yükünde ve hâkim başına dosya sayısındaki artış nedeniyle, 2022 yılında ortalama görülme süresi tekrar artarak 311 güne çıkmıştır. Esasında 2021 ve 2022 yılında hâkim başına düşen dosya sayısı en fazla düzeyde olmasına rağmen, BAM hukuk daireleri ortalama görülme süresi en uzun ortalama görülme süresi olan 366'nın altında kalmıştır. Bu sonuç 2021 ve 2022 yıllarında BAM hukuk dairelerinin niceliksel olarak daha fazla performans ortaya koyduğunu ve daha fazla çalıştığını göstermektedir. Bununla birlikte hâkim başına düşen dosya sayısındaki ve ortalama görülme süresindeki artış, BAM hâkimlerinin aşırı iş yükü baskısı altında olduğunu ortaya koymaktadır. BAM'lar tarafından sunulan yargı hizmetlerinin niteliği ve kalitesi konusunda sadece bu verilerden hareketle bir değerlendirme yapmak mümkün değilse de sürekli ve artan iş yükü ile uzayan yargılama sürelerinin yargı hizmetlerinin kalitesini olumsuz yönde etkilediği tahmin edilebilir.

4. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri Hâkim Başına Düşen Dosya Sayısı, Ortalama Görülme Süresi ve Temizleme Oranları Arasındaki İlişki

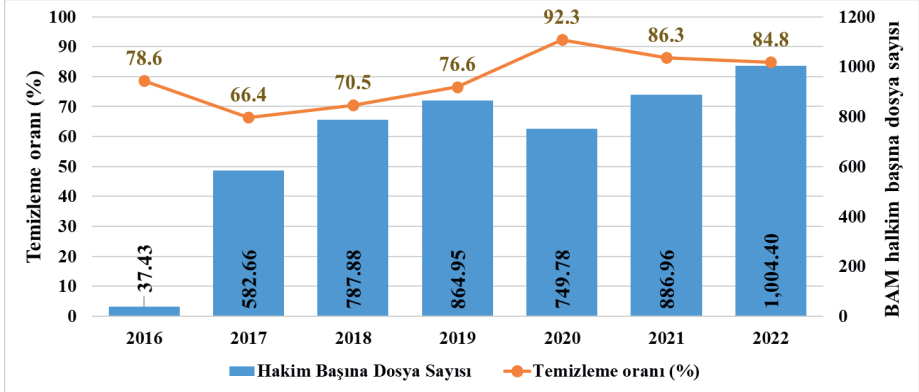
Aşağıda Grafik 16’da yıllara göre BAM hukuk dairelerinde, hâkim başına düşen dosya sayısı ile ortalama görülme süresi arasındaki ilişki gösterilmiştir. Grafikte yer alan verilere göre BAM hukuk dairelerinde hâkim başına düşen dosya sayısındaki artışı bir sonraki yıl ortalama görülme süresindeki artış takip etmiştir. Örneğin 2019 yılında hâkim başına düşen dosya sayısı 800’ün üzerine çıkmıştır; bu artışı takiben 2020 yılında hâkim başına düşen dosya sayısında azalma olmasına rağmen aynı yıl için ortalama görülme süresinde artış devam etmiş; 2019 yılında 255 gün olan ortalama görülme süresi 2020 yılında 366 güne çıkmıştır.



Grafik 16: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Hâkim Başına Dosya Sayısı ve Ortalama Görülme Süresi

2020 yılında hâkim başına düşen dosya sayısındaki kısmi azalma ise 2021 yılında ortalama görülme süresinin azalması şeklinde tezahür etmiştir. 2022 yılında hâkim başına düşen dosya sayısı ortalama 1000 civarında gerçekleşerek BAM’ların göreve başlamasından sonraki en üst noktaya eriştiğinden, BAM hukuk dairelerindeki ortalama görülme süresinin 2023 yılında önceki yılların tümüne göre daha yüksek olacağı tahmin edilebilir. Nitekim bu çalışmanın hazırlandığı dönemden sonra yayınlanmış olan 2023 yılı Adalet İstatistiklerine göre, BAM hukuk dairelerindeki ortalama görülme süresi 368 güne ile zirve noktaya yükselmiştir. Sonuç olarak, istinaf incelemesinin BAM’larda makul bir süre içinde sonuçlandırılabilmesi, BAM hukuk dairelerinde görevli hâkim başına düşen dosya sayısının makul seviyelere inmesine bağlıdır. Bu iki veri arasında doğrudan bağlantı olduğu görülmektedir.

Performans kriterlerine temizleme oranı eklenerek de analiz yapılmıştır. Aşağıda Grafik 17’de, yıllara göre BAM hukuk dairelerindeki hâkim başına dosya sayısı ile ortalama temizleme oranı arasındaki ilişki gösterilmiştir.



Grafik 17: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Hâkim Başına Dosya Sayısı ve Temizleme Oranı

Grafiğe göre, BAM hukuk daireleri temizleme oranı, hâkim başına düşen dosya sayısı artış göstermesine rağmen 2016-2022 yılları arasında genel olarak artış göstermiştir. Örneğin, 2017-2019 yılları arasında hâkim başına dosya sayısı artmış olmasına rağmen temizleme oranı da artış göstermiştir. 2020 yılında ise hâkim başına dosya sayısındaki nispi bir azalma temizleme oranını %92,6'ya kadar çıkmasına olanak tanımıştır. 2020 yılında hâkim başına dosya sayısında azalma olmasının nedeni Aralık 2019 yılında başlayarak Dünya’da ve Türkiye’de etkisini özellikle 2020 yılında gösteren Covid-19 salgını olduğu kanısındayız. Zira salgın döneminde birçok ülke gibi Türkiye de kapanmaya gitmiş, yargı faaliyetleri belirli bir süre durdurulmuş ve yargı mercilerinin önüne gelen iş sayılarında azalma olmuştur.

2021 ve 2022 yıllarında ise önceki yılların tümüne göre iş yükü (dosya sayısı) daha da artmış olmasına rağmen temizleme oranı 2021 için %86,3 2022 yılı için %84,8 olarak gerçekleşmiştir. Grafiğe göre, hâkim başına iş yükü sadece 2020 yılında azalmış ve bu iş yükü azalması doğrudan temizleme oranında bariz bir düzelmeye yol açmış ve temizleme oranı %92,3 ile 2016-2022 yılları arasındaki en üst düzeye çıkmıştır. 2023 yılı Adalet İstatistiklerine göre ise BAM hukuk daireleri temizleme oranı %90,1 oranında gerçekleşerek bir önceki yıla göre artmıştır.

Tüm yıllar birlikte değerlendirildiğinde BAM hukuk daireleri genel olarak performanslarını artırarak çalışmış, artan iş yüküne rağmen daha fazla dosyada karar vermiştir. Ancak temizleme oranının istenen düzeyde gerçekleşebilmesi için hâkim başına ortalama dosya sayısının makul bir düzeye indirilmesi, en azından mevcut iş yükü dikkate alınarak bu sayıların altına çekilmesi ve hâkim başına iş yükü artışının önlenmesi gereklidir.

Hâkim başına dosya sayısındaki artışa rağmen genel olarak BAM’ların ortalama bakımından temizleme oranında artış olmasında veya iş yükü artmış olması-



na rağmen temizleme oranının sabit kalmasında ya da çok az derece azalmasında yargıda hedef süre uygulamasının da etkili olup olmadığı da incelenmiştir.

Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 01.09.2017 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, BAM'lar için hedef süreler belirlenmesi için iki yıllık azami bir süre belirlenmiş ve bu süre içinde hedef sürelerin belirlenerek ilan edileceği hükme bağlanmıştır (Yön. Geçici Madde 1/2). Yönetmelik'e göre BAM hukuk daireleri için de hedef süreler 01.09.2019 tarihi itibarıyla en geç belirlenmiş ve yürürlüğe girmiş olmalıdır. Ayrıca Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'in 5'inci maddesine göre, kanun yolu değerlendirme formu düzenlenirken "soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması" hususunun dikkate alınacağı açıkça düzenlenmiştir. Aynı Yönetmelik'in 4'üncü maddesine göre, istinaf incelemesini yapan BAM dairesinin başkan ve üyeleri hakkında kanun yolu değerlendirme formu düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır.

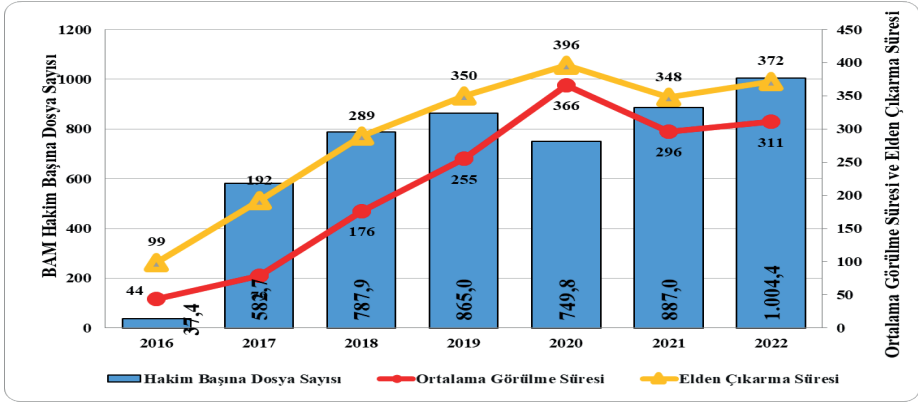
Bu kapsamda uygulamanın nasıl olduğunun tespiti amacıyla adli yargı ilk derece ve BAM hukuk dairelerinde hedef sürelerin uygulamasına ilişkin araştırma yapılmış ancak Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sayfasında hedef süreler erişilememiştir. Bu sebeple 27.09.2023 tarihinde Adalet Bakanlığı'na yazılarak, adli yargı kolundaki ilk derece ve BAM hukuk dairelerinin baktığı dava ve işler için hedef sürelerin uygulanması hakkında bilgi talep edilmiştir. Adalet Bakanlığının cevap yazısı uyarınca, 6.11.2023 tarihi itibarıyla BAM'larda hedef süre uygulamasının henüz başlamadığı, bu konuda çalışmaların yürütüldüğü; bu sebeple hedef sürelerle ilişkin çalışmaların BAM hukuk daireleri bakımından incelenen yıllara ilişkin ortalama görülme sürelerindeki değişim bakımından bir etkisi olmadığı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte BAM'larda hedef süre uygulamasının başlatılması ve hâkim başına iş yükünün de makul seviyede olması halinde ortalama görülme sürelerinin kısalabileceği değerlendirilmektedir.

5. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Elden Çıkarma Süreleri ile Ortalama Görülme Süresi ve Hâkim Başına Dosya Sayısı Arasındaki İlişki

Aşağıda Grafik 18'de 2016-2022 yılları BAM hukuk daireleri hâkim başına dosya sayısı ile ortalama görülme süresi ve elden çıkarma süresi bir arada verilmiştir.

Grafiğe göre, hâkim başına dosya sayısı ile ortalama görülme süresi ve elden çıkarma süresi arasında doğrudan ilişki bulunmaktadır. Örneğin, 2016-2019 yılları arasında hâkim başına dosya sayısının yıllar içinde artış göstermesi, ortalama görülme süresi ve elden çıkarma süresinde de artışla sonuçlanmıştır. Elden çıkarma süresinin uzaması esasında mahkemelerin elindeki birikmiş dosya sayısının arttığını gösteren bir veri olup, hâkim başına dosya sayısındaki artış verileri de bu bilgiyi doğrulamaktadır. 2020 yılında hâkim başına dosya sayısında azalma olduğunda ise bir sonraki yıl için ortalama görülme süresi ve elden çıkarma sürelerinin azaldığı görülmektedir. Bu bir yıllık artıştan sonra yeniden yükselen dosya sayıları 2022

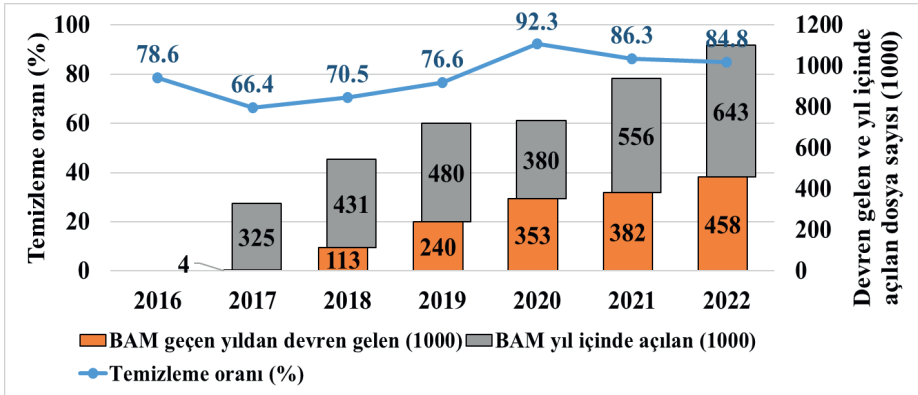
Yılında ortalama görülme süresi ve elden çıkarma süresinde artışla sonuçlanmıştır. 2023 yılı Adalet İstatistiklerine göre elden çıkarma süresi artarak 408 gün olarak gerçekleşmiştir. Son olarak 2023 yılının verisi, bu çalışmaya dayanak olan araştırma projesinde de tespit edildiği üzere, BAM hukuk dairelerinin önünde birikmiş dosya sayısının yıllar içinde katlanarak arttığının kanıtıdır.



Grafik 18: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Hâkim Başına Dosya Sayısı, Ortalama Görülme Süresi ve Elden Çıkarma Süresi (Gün)

6. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri İş Yükü ile Temizleme Oranı Arasındaki İlişki

Aşağıda Grafik 19’da yıllara göre BAM hukuk daireleri iş yükü ile temizleme oranları gösterilmiştir. İş yükü, yıl içinde açılan ve geçen yıldan devren gelen dosyaların toplamından oluşmaktadır. Grafikte 2017-2022 yılları arasında BAM hukuk dairelerinde yeni açılan dosya sayıları ile devren gelen dosya sayıları ve temizleme oranları birlikte görülmektedir.



Grafik 19: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri İş Yükü ve Temizleme Oranı

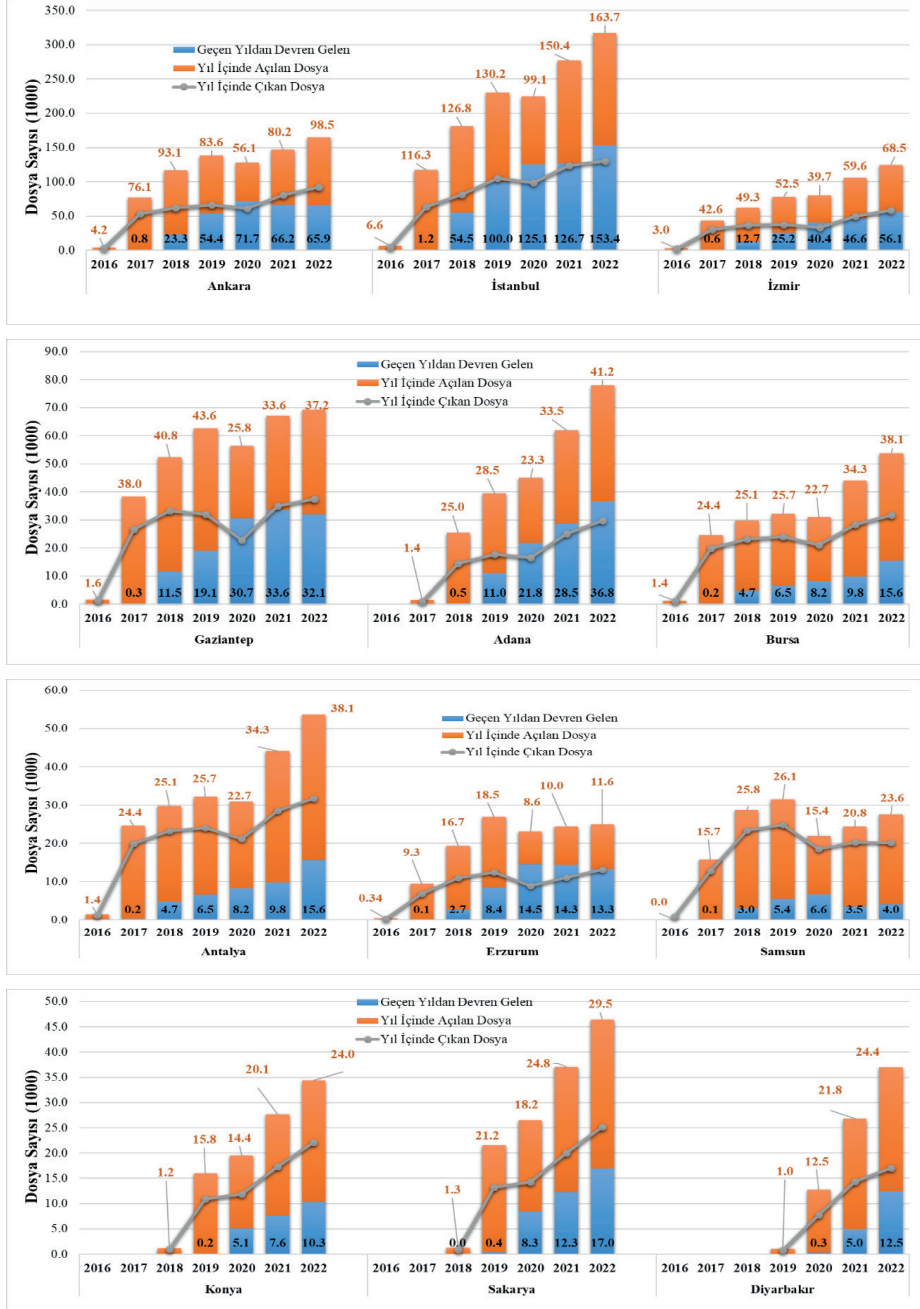


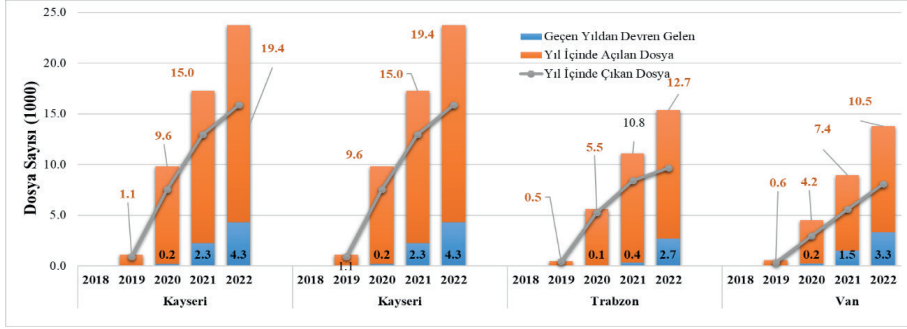
Grafiğe göre, 2020 yılı hariç BAM'ların iş yükü sürekli olarak ve aşırı düzeyde artmıştır. Örneğin 2017 yılında geçen yıldan devren gelenlerle birlikte BAM'lara gelen toplam iş yükü 329.000 dosyadır. 2022 yılında ise bu sayı 1.101.000'e çıkmıştır. Buna göre 2017 yılı ile karşılaştırıldığında 2022 yılında BAM'ların iş yükü üç kattan fazla artmıştır. Kuşkusuz bu dönem içinde BAM sayısı, daire sayısı ve hâkim sayısı da artmıştır ancak yargı örgütü ve insan kaynağındaki artış iş yükünü karşılamaya yetmemiştir. BAM hukuk dairelerine referans yılda geçen yıldan devren gelen dosyaların sayısında sürekli artış yaşanmıştır. Örneğin, 2018 yılında geçen yıldan devren gelen dosya sayısı 113 bin olmasına rağmen 2022 yılında bu sayı 458 bine çıkmıştır. 2022 yılında BAM hukuk dairelerinin toplam iş yükü (1101000) içinde bir önceki yıldan devren gelen dosya sayısının (458 bin 000) oranı %41'e yükselmiştir. 2023 yılı Adalet istatistiklerine göre ise, 2023 yılında BAM hukuk dairelerinin toplam iş yükü 1.166.047 olup bu sayı içinde bir önceki yıldan devren gelen dosya sayısının (555.438) oranı %47'ye yükselmiştir. Son veri BAM hukuk dairelerinin iş yükü durumunun daha da kötüleştiğinin kanıtıdır.

BAM hukuk dairelerinin referans yıllardaki ortalama temizleme oranları ise hiçbir zaman %100 olmamıştır. Ortalama temizleme oranı, Covid-19 Pandemisi'nin yaşandığı 2020 yılında en yüksek seviyesi olan %92,3'e çıkmış, 2021 ve 2022 yıllarında ise %85 civarında gerçekleşmiştir. Ortalama temizleme oranı 2023 yılında ortalama 90,1'e yükselmiş olmasına rağmen, BAM hukuk dairelerinde biriken dosya sayısı, bir önceki yıla göre niceliksel ve oransal olarak artmıştır. BAM hukuk dairelerinin iş yükünün sürekli artması ve temizleme oranının sürekli olarak 100'ün altında kalması, gelen iş yüküyle mahkemelerin baş edemediğini, biriken dosya sayısının sürekli olarak arttığını göstermektedir. Kuşkusuz bu tabloya bağlı olarak BAM'lardaki elden çıkarma süreleri ve ortalama görülme süreleri de sürekli olarak uzamıştır. Kanımızca temizleme oranının 100'ün üstüne çıkarılabilmesi için bir taraftan BAM'ların iş yükü azaltılmalı, diğer taraftan yeni BAM'lar kurularak hukuk daireleri ve hâkim sayısı artırılmalıdır.

BAM'ların iş yükünün azaltılabilmesinin yollarından biri de kanımızca istinafa başvuru için HMK'da belirlenmiş ve yeniden değerlendirilme oranına göre artış yapılan parasal sınırdan yeniden düzenleme yapılarak parasal sınırın yükseltilmesidir. 2024 yılı itibariyle istinafa başvuru sınırı 28.250 TL olup, bu parasal sınır tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıklarda aranan 104.000 TL'nin dahi çok altında kalmıştır. Ancak parasal sınırın yükseltilmesi çoğu yargılamada verilen kararı istinaf denetiminin dışında bırakacağından, özellikle yargısal temel hakların ihlal edilmiş olması veya çok açık karar hatalarının bulunması durumunda, dava konusunun değer veya miktarı Kanun'daki parasal sınırın altında olsa dahi ilk derece (ve/veya bölge adliye) mahkemesinin izni ile istinafa başvuru imkânının tanınması gerektiği kanısındayız. Böylece bir yandan BAM'ların iş yükünün kontrol altına alınmasına katkı sağlanabilir diğer yandan yargısal temel hakların ihlal edilmesi halinde uyuşmazlığın değeri ne olursa olsun kanun yolu incelemesinin yolu açılarak hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi sağlanabilir.

Aşağıda Grafik 20'de BAM hukuk daireleri bölgelere göre geçen yıldan devren gelen ve yıl içinde açılan dosya sayıları ile yıl içinde çıkan dosya sayıları karşılaştırılmıştır.



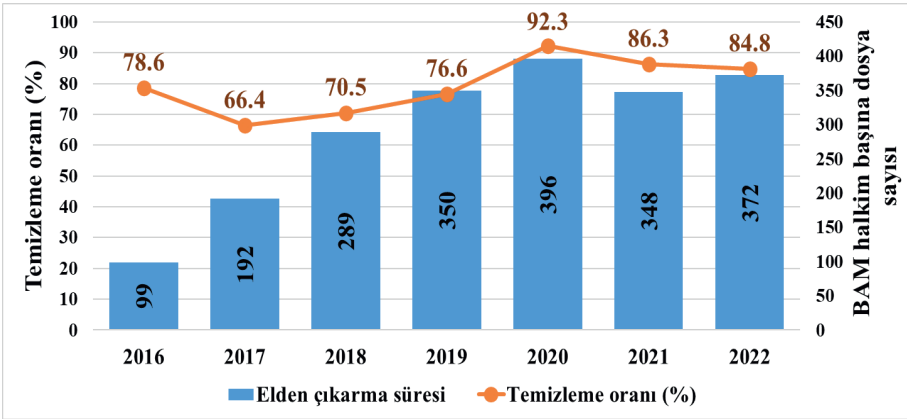


Grafik 20: Bölge Adliye Mahkemelerine Göre İş Yükü ve Çıkan Dosya Sayısı

Bu grafiklerde de temizleme oranının %100'ün altında kalmasının devren dosya olarak da izlenmesi mümkündür. Grafığe göre, İstanbul, İzmir, Gaziantep, Adana ve Erzurum BAM'da 2020'den sonra, bir önceki yıldan devren gelen dosya sayısına ancak yetişebilen bir sayıda karar verilebildiği, bu mahkemelerde yüksek bir dosya birikim hızı olduğunu görülmektedir.

7. Yıllara Göre Bölge Adliye Mahkemeleri Elden Çıkarma Süreleri ile Temizleme Oranları Arasındaki İlişki

Aşağıda Grafik 21'de 2016-2022 yılları BAM hukuk daireleri elden çıkarma süreleri ile temizleme oranları gösterilmiştir. Grafığe göre, 2016-2020 yılları arasında BAM'ların elden çıkarma süreleri sürekli olarak artış göstermiştir. 2021 yılında elden çıkarma süresi bir miktar azalmışsa da 2022 yılında tekrar yükselmiştir. 2023 yılı Adalet İstatistiklerine göre elden çıkarma süresi 408 güne çıkmıştır. Elden çıkarma süresindeki bariz ve sürekli artış, BAM'ların gelen iş yükü ile baş edemediğini ve BAM hukuk dairelerinde yığılan dosya sayısının arttığını göstermektedir.



Grafik 21: Yıllara Göre BAM Hukuk Daireleri Elden Çıkarma Süresi ve Temizleme Oranı

Kanımızca temizleme oranındaki değişim elden çıkarma süresini de etkilemektedir. BAM'ların faaliyete başladığı 2016 yılından bu yana bu mahkemelerde görevli hâkim sayılarında da sürekli artış yapıldığından temizleme oranı 2020 yılına kadar artış göstermiş ancak bu artışa rağmen temizleme oranı 100'ü bulmamıştır. Ayrıca temizleme oranında artış olmasına rağmen elden çıkarma süresinin arttığı yıllar da bulunmaktadır. Bu yıllarda temizleme oranındaki artışın iş yükündeki aşırı artış nedeniyle elden çıkarma süresinin uzamaya devam ettiği söylenebilir. Örneğin, 2018 ve 2019 yıllarında temizleme oranı artmış olmasına rağmen elden çıkarma süresi kısalmamış tam tersine artış göstermiştir. BAM'ların iş yükü 2017 yılında 329 bin civarındayken sonraki yıllarda hızlıca artarak 2018 yılında 544 bin, 2019 yılında 720 bin olarak gerçekleşmiştir.

Temizleme oranı BAM'ların faaliyete başladığı 2016 yılından bu yana hiçbir zaman 100 ve üzerinde olmamıştır. 2020 yılında ise mahkemelerin iş yükü Covid-19 Pandemisi nedeniyle çok artmadığından 733 bin olarak gerçekleşmiştir. Aynı yıl için temizleme oranının %92,6 ile en üst seviyeye çıkmasını takiben 2021 yılında elden çıkarma süresinde bir önceki yıla göre sınırlı da olsa azalma olmuştur. 2021 yılında ise temizleme oranı %86,3'e gerilemiş, bunu takiben 2022 yılında elden çıkarma süresi bir önceki yıla göre artış göstermiştir. Buna göre araştırma sonucunda 2022 yılında da temizleme oranında düşüş yaşandığından, 2023 yılında elden çıkarma süresinde artış olmasının beklenebileceği sonucuna varılmıştır. Nitekim 2023 yılı Adalet İstatistiklerine göre, elden çıkarma süresi 408 güne çıkmıştır.³⁷

Sonuç olarak 2016-2023 yılları arasında BAM ve hâkim sayısı artırılmasına rağmen iş yüküyle baş edilmesinde yetersiz kalınmıştır. 2023 yılı ve sonrasında temizleme oranının %100'ün üzerinde olması halinde elden çıkarma süresinde kısalma yaşanacağı, temizleme oranında azalma olması halinde ise elden çıkarma süresinde artış olacağı söylenebilir.

BAM'ların performansının artırılabilmesi, iş yığılmasının önlenmesi ve iş yükünün sürdürülebilir biçimde yönetilebilmesi için bir yandan BAM'lara gelen dosya sayısının azaltılması diğer yandan BAM sayısının ve hukuk dairesi sayısının artırılması gerektiği kanısındayız. Kuşkusuz yargı teşkilatına yönelik alınan önlemler bir ülkenin yargısal sorunlarının çözümü için tek başına yeterli olamaz ise de BAM'lar ölçeğinde adli sistemin sürdürülebilir olması, yargı hizmetinin kalitesinin istenen düzeyde olabilmesi, kişilerin yargıya ve BAM'lara güven duyabilmeleri, yargılama süreleriyle ve yargılamaların niteliği ve kalitesi konusundaki belirsizliklerin azaltılabilmesi için gerekli ve hatta zorunludur.

E. CEPEJ Raporlarına Göre İkinci Derece Mahkemelerin İş Yükü ve Temizleme Oranlarının Karşılaştırması

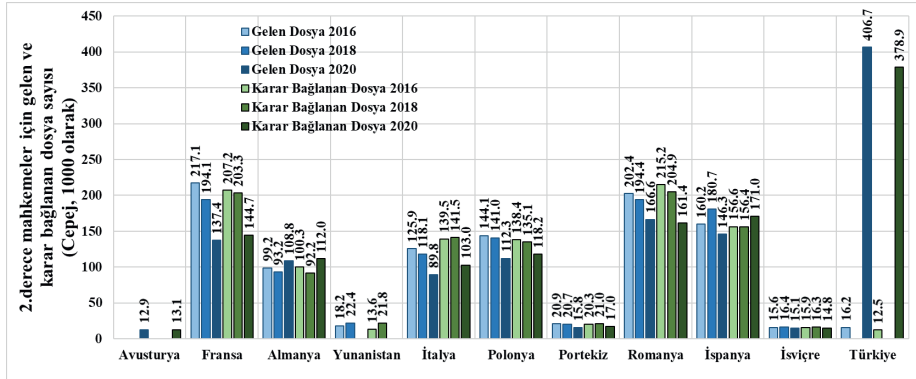
Bu başlık altında BAM'lara ilişkin olarak CEPEJ raporlarından elde edilen performans verileri, yine CEPEJ raporlarında yer alan seçilmiş bazı ülkelerin isti-

³⁷ Adalet İstatistikleri 2023, 47.

naf incelemesi yapmakla görevli ikinci derece hukuk mahkemelerinin verileriyle karşılaştırılmıştır.

CEPEJ, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 18 Eylül 2002 tarih ve 2002/12 sayılı kararı ile kurulan ve Avrupa Konseyi üyesi 47 ülkenin uzmanlarından oluşan uluslararası bir kuruluştur. CEPEJ yargı sistemlerinin işleyişini analiz ederek adalet hizmetlerine ilişkin politikalara yön vermekte; yargılama sürelerini analiz ederek adli zaman yönetimi konusunda ülke uzmanlarına yardımcı olmaktadır. Ayrıca adalet hizmetlerinin kalitesinin artırılması konusunda analizler yapmakta ve çözüm önerileri oluşturmakta; yargı sistemlerinin etkinliğini ve kalitesini geliştirerek üye devletlerin yargı teşkilatlarının geliştirilmesine katkı sağlamaktadır.³⁸

Aşağıda Grafik 22'de CEPEJ istatistiklerinden³⁹ 2016-2020 yıllarına ilişkin olarak elde edilen verilere göre seçilmiş bazı ülkelerin istinaf incelemesi yapan ikinci derece mahkemelerine ve Türkiye'de istinaf incelemesini yapan BAM'lara gelen iş yükü ve karara bağlanan dosya sayıları karşılaştırılmıştır. Özellikle nüfusu Türkiye'ye nispeten yakın olan ülkeler ile karşılaştırma yapılmıştır. CEPEJ verileri arasında sadece 2016, 2018 ve 2020 yıllarına ait istatistikler olduğu için tabloda bu yılların verilerine yer verilmiştir. Türkiye açısından ise karşılaştırmaya elverişli tek yıl 2020 yılıdır. Zira BAM'lar 20 Temmuz 2016'da göreve başladığından hem dönem hem de iş sayısı bakımından diğer ülkelerle karşılaştırma yapmak uygun değildir. Türkiye'nin 2018 yılı verisi ise bulunmamaktadır.



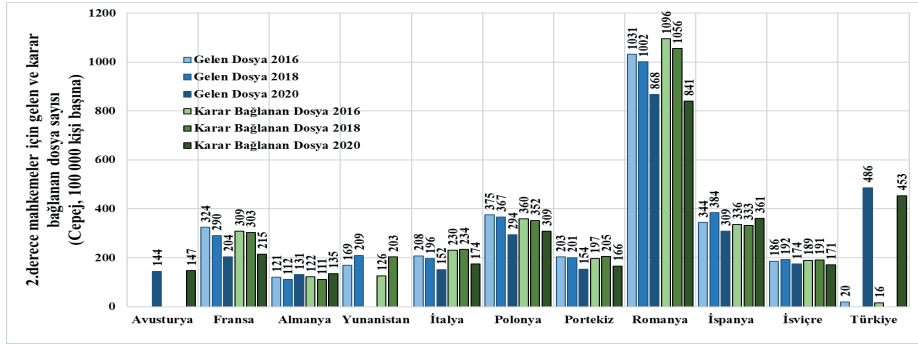
Grafik 22: CEPEJ Seçilmiş Ülkeler ve Türkiye İkinci Derece Hukuk Mahkemeleri Gelen ve Karara Bağlanan Dosya Sayısı (2016, 2018, 2020)

³⁸ Bkz. <<https://rm.coe.int/version-finale-depliant-anglais-27-09-2021-prems-124721-eng-2045-depli/1680a3f63e>> Erişim Tarihi 10.10.2023; T.C. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, "CEPEJ" <<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cepej27022020045409>> Erişim Tarihi, 10.10.2023.

³⁹ <'Quantitative Data EN by CEPEJ' <<https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/QuantitativeDataEN/Tables>> Erişim Tarihi 05.01.2024.

Grafiğe göre, sadece 2020 yılı verisi karşılaştırıldığında Türkiye’de BAM hukuk daireleri iş yükünün, başka bir deyişle istinafa gelen dosya sayısının, diğer tüm ülkelerden daha fazla olduğu gözükmektedir. Bu sayılar nüfusu Türkiye ile çok yakın olan Almanya’nın dört katına yakın, yine nüfusu Türkiye’ye yakın olan Fransa’nın ise üç katına yakındır.

Grafik 23’te ise nüfus sayılarından arındırılmış olarak, her yüz bin kişi başına ikinci derece mahkemelerinin iş yükü ve karara bağlanan dosya sayıları gösterilmiştir. Bu grafik, ülkelerin nüfusu eşit kabul edilerek ikinci derece mahkemelerinin performansı değerlendirmeye izin vermektedir. Grafikte, her ülkenin kendi nüfusuna bölünerek ikinci derece hukuk mahkemelerine gelen dosya sayısı ile karar verilen dosya sayısı sunulmaktadır. Nüfusa bölününce elde edilen sayı çok küçük bir değer olduğu için, 100 bin kişi başına dosya sayısı verilerek karşılaştırma yapılmaktadır. Böylece nüfusu büyük olan ülkelerle küçük olanla ülkeler arasında performans karşılaştırması yapılabilmektedir.



Grafik 23: CEPEJ Seçilmiş Ülkeler ve Türkiye İkinci Derece Hukuk Mahkemeleri Gelen ve Karara Bağlanan İş Yükü Karşılaştırması (100.000 Kişi Başına) (2016, 2018, 2020)

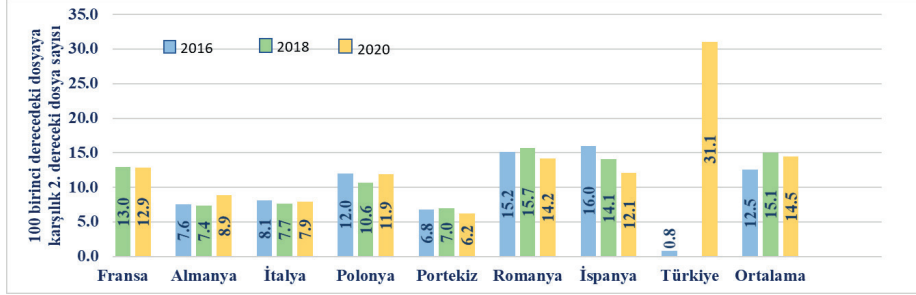
Grafiğe göre, 100 bin kişi başına gelen ve karara bağlanan dosya sayıları dikkate alınarak ikinci derece mahkemelerinin performansları karşılaştırıldığında, 2020 yılı için Türkiye’de BAM’ların istinaf derecesindeki iş yükü (dosya sayısı), Romanya hariç karşılaştırmaya alınan diğer ülkelerden daha fazladır. 2020 yılı için Almanya ile karşılaştırma yapıldığında 100 bin kişi başına BAM’lara gelen dosya sayısının, nüfusu Türkiye’ye benzer olan Almanya’nın dört katına yakın olduğu; Fransa ile karşılaştırıldığında ise iki katından fazla olduğu görülmektedir.⁴⁰

Nüfus sayısından arındırılmamış ve arındırılmış olarak paylaşılan verilere göre, Türkiye’de istinaf derecesinde görevli BAM’ların iş yükü genel olarak diğer ülkelere göre çok daha fazladır. Olması gerekenden fazla iş yükünün BAM’ların performansı üzerindeki olumsuz etkileri yukarıda detaylı olarak gösterilmiş ve açıklanmış olup CEPEJ verileri de BAM’ların iş yükünün fazla olduğunu doğrulamaktadır.

⁴⁰ Bu veri yukarıda II C 4 numaralı başlık altında Alman Federal İstatistik Kurumunun istatistiklerinden alınan verilerle uyumlu olup birbirini doğrulamaktadır.



Aşağıda Grafik 24'te CEPEJ verilerine göre seçilmiş ülkeler ve Türkiye'de ilk derece hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf edilme oranları gösterilmiştir.



Grafik 24: CEPEJ Seçilmiş Ülkeler ve Türkiye İlk Derece Mahkemelerinde Verilen Nihai Kararların İstinafa (BAM'a) Gitme Oranı (2016, 2018, 2020)

Grafikte, ilk derece hukuk mahkemeleri tarafından verilen her 100 karardan kaçının istinaf edildiği görülmektedir. Türkiye için sadece 2020 yılı verisi olduğundan bu yıla ait veriler karşılaştırıldığında, ilk derece hukuk mahkemeleri tarafından verilen 100 karardan 31'i istinafa gitmiştir. Bu oran nüfusu Türkiye'ye yakın olan ülkelerden Fransa'ya göre üç kata yakın, Almanya'ya göre üç katından fazla, genel ortalamasının ise iki katından fazladır. Kanımızca Türkiye'deki istinaf edilme oranının yüksek olması, BAM'ların iş yükünü artıran önemli etkenlerdendir.

İş yükü (gelen dosya sayısı) BAM'ların ortalama yargılama sürelerini uzatarak, yargılamanın kalitesini ve etkinliğini olumsuz yönde etkileyerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Anayasamızda düzenlenen makul sürede yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Bu nedenle BAM'ların iş yükünü azaltmaya yönelik önlemlerin alınması gereklidir. Bu kapsamda Türkiye'deki BAM ve bu mahkemelerde görevli hâkim sayısının yeterli olmadığı kanaatindeyiz.⁴¹ BAM ve hâkim sayısının artırılması suretiyle hâkim başına dosya sayısı azaltılarak BAM'lardaki dosya temizleme oranları artırılabilir ve yargılama süreleri kısaltılabilir. Ancak bu önlem de tek başına yeterli olmayacaktır. Bunun yanı sıra BAM'ların gelen dosya sayısını azaltacak önlemler alınmalıdır. Bu kapsamda özellikle malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi kararlarındaki kesinlik sınırının artırılması ve ilk derece mahkemelerinde karara bağlanan düşük miktarda uyuşmazlıkların BAM'lara gelmesi engellenmelidir. HMK'da düzenlenmiş olan mevcut parasal sınır kanımızca düşük ve yetersiz olup kesinlik sınırına ilişkin miktarın kanun değişikliğiyle makul ölçüde artırılması gereklidir. Kanımızca malvarlığına ilişkin dava ve işlerde kesinlik sınırının artırılması, hak arama özgürlüğü ile etkin bir yargı sistemi

⁴¹ Adalet Bakanlığı, insan kaynağı kapasitesinin geliştirilmesi bakımından iş yükü yanında CEPEJ verilerini de dikkate aldığını belirtmektedir. Bkz. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı (n 4) 16.

arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde makul bir düzeye getirilmesi, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması olarak değerlendirilmemeli; ilk derece mahkemelerinin etkinliğinin artırılması konusunda önlemler alınarak, en az masrafla ve makul sürede uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlanması hedeflenmelidir. Böylece ilk derece hukuk mahkemeleri de güçlendirilebilecektir.

Aşağıda Tablo 9’da CEPEJ istatistiklerinden alınan verilere göre seçilmiş bazı ülkelerin ikinci derece hukuk mahkemeleri ile Türkiye’deki BAM hukuk dairelerinin iş yükleri (gelen dosya sayısı), karara bağlanan dosya sayıları ve temizleme oranları paylaşılmıştır.

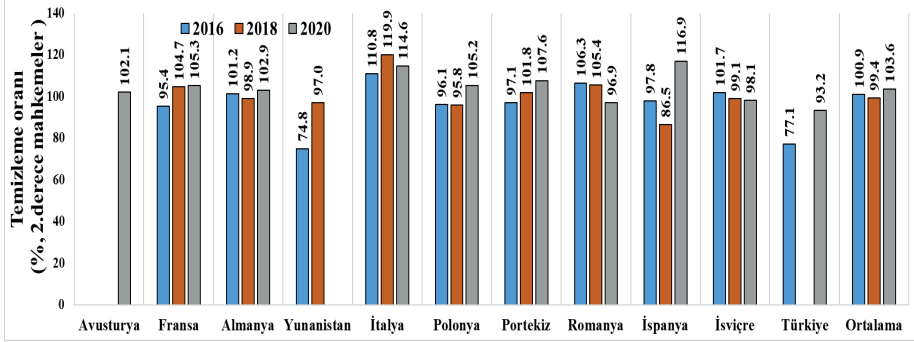
Tablo 9: CEPEJ Seçilmiş Ülkeler ve Türkiye İkinci Derece Hukuk Mahkemeleri Gelen ve Karara Bağlanan İş Yükü ile Temizleme Oranları (2016, 2018, 2020)⁴²

	Gelen Dosya			Karara Bağlanan Dosya			Temizleme Oranı (%)		
	Civil (and commercial) litigious cases (2nd inst., Incoming cases)			Civil (and commercial) litigious cases (2nd inst., Resolved cases)			Clearance Rate - Civil (and commercial) litigious cases (2nd inst.)		
	2016	2018	2020	2016	2018	2020	2016	2018	2020
Avusturya	NA ⁴³	NA	12862	NA	NA	13127	NA	NA	102.1
Fransa	217135	194060	137434	207152	203258	144706	95.4	104.7	105.3
Almanya	99151	93235	108810	100324	92194	111956	101.2	98.9	102.9
Yunanistan	18181	22431	NA	13599	21767	NA	74.8	97	NA
İtalya	125912	118052	89839	139482	141492	102989	110.8	119.9	114.6
Polonya	144116	141045	112330	138444	135132	118181	96.1	95.8	105.2
Portekiz	20946	20661	15838	20332	21030	17045	97.1	101.8	107.6
Romanya	202441	194375	166596	215244	204868	161403	106.3	105.4	96.9
İspanya	160153	180721	146275	156564	156399	170993	97.8	86.5	116.9
İsviçre	15642	16442	15110	15907	16290	14818	101.7	99.1	98.1
Türkiye	16163	NA	406712	12457		378916	77.1	NA	93.2
Tüm Ülkeler Ortalama (Bu tabloda yer almayan ülkeler de dahildir)	71860	74423	44800	74070	76131	45634	101	99	104

Grafik 25’te 2016, 2018, 2020 yılları için sadece CEPEJ seçilmiş ülkeler ikinci derece mahkemeler temizleme oranları (%) gösterilmiştir.

⁴² Quantitative Data EN by CEPEJ <<https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/Quantitative-DataEN/Tables>> Erişim Tarihi 05.01.2024.

⁴³ NA, not available, CEPEJ’e verinin sağlanmadığını ifade eder.



Grafik 25: CEPEJ Seçilmiş Ülkeler İkinci Derece Mahkemeler Temizleme Oranları (%)

Tablo ve Grafiğe göre, 2020 yılı için seçilen ülkelerin verileriyle kıyaslandığında, gelen dosya sayısı ve dolayısıyla iş yükü en fazla olan ikinci derece mahkemeler Türkiye'dedir. Buna bağlı olarak karara bağlanan en fazla dosya sayısı da Türkiye'dedir. Ancak mahkemelerin performansını göstermesi bakımından önemli olan temizleme oranı⁴⁴ verisi dikkate alındığında, 2020 yılı için BAM hukuk dairelerinin temizleme oranı, genel olarak diğer seçilmiş ülkelerin ikinci derece hukuk mahkemelerine göre daha düşük seviyededir. Ayrıca CEPEJ'e veri gönderen tüm ülkelerin ortalama temizleme oranı ile karşılaştırıldığında da BAM'ların, ikinci derece mahkemelerinin ortalama temizleme oranının altında kaldığı gözlenmiştir. Ancak BAM'ların diğer ülkelerin ikinci derece mahkemelerine göre iş yükünün (dosya sayısının) fazla oluşu, BAM'ların 2016 yılında yani yakın bir zamanda faaliyete başlamış olması ve bu nedenle henüz BAM sayısı, hukuk dairesi ve hâkim sayılarının istenen düzeyde olmaması dikkate alındığında, BAM'ların performansının niceliksel olarak çok da geride olmadığı, iyileşmeye açık ve elverişli olduğu söylenmelidir. Verilen kararların isabeti ve kalitesi konusu ise dosya içeriklerinin değerlendirilmesini gerektirdiğinden bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

SONUÇ

Kanun yolu mahkemelerindeki gerçek yargılama süresinin makul sürenin üzerinde olması birçok olayda AİHS ve Anayasamız uyarınca adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmaktadır. Uzun süren yargılmalarda, dava sürecinin yarısından fazlasının kanun yolu incelemesiyle geçtiği durumlarda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Bu nedenle kanun koyucunun, önlem almakla yükümlü adalet otoritelerinin ve üst mahkemelerin kanun yolu incelemeleri bakımından en çok dikkat etmeleri gereken hususlardan biri, kanun yolu inceleme-

⁴⁴ Temizleme oranı (clearance rate) o yıl içinde karara bağlanan dosya sayısının yine aynı yıl içinde mahkemeye gelen dosya sayısına bölünmesiyle elde edilmektedir.

sinin makul süre içinde, sürüncemede kalmadan ve tekrar kanun yolu incelemesine yol açmayacak şekilde sonuçlandırılmasını sağlamaktır.

Araştırma sonucunda tespit ettiğimiz sorunlardan biri, BAM'lardaki ortalama görülme süresi ve elden çıkarma süresinin çok uzun olmasıdır. Bu araştırmada tespit edilen ortalama görülme süreleri, tek çevrimde bir dava veya iş hakkında ilgili mahkemeye gelmesinden karar verilmesine geçen süreyi ifade etmektedir. BAM'lar 2016 yılından itibaren Yargıtay'a gidecek olan dosya yükünü devraldığından, BAM hukuk dairelerinin ortalama görülme süresi hızla artmıştır. BAM'lardaki ortalama görülme süresi, 2019 yılı itibariyle Yargıtay hukuk dairelerindeki ortalama görülme süresini aşmıştır. Başka bir deyişle kanun yolunda geçen süre yönünden, Yargıtay hukuk dairelerinin yerini referans alınan dönemin sonunda BAM'lar almıştır. 2020-2022 yıllarında yargılama süresinin yarısından fazlasının istinaf kanun yolu incelemesinde geçtiği görülebildiğinden, uzun süren yargılamalarda makul sürede yargılanma hakkıyla ilgili sorunların devam ettiğini belirtmek gerekir.

BAM hukuk daireleri önünde birikmiş olan dosya sayısı yönetilebilir ve sürdürülebilir sayının üzerindedir. Bu durum elden çıkarma sürelerinin uzunluğundan ve bu sürelerdeki (2023 yılı dahil) genel olarak tüm yıllardaki artıştan anlaşılmaktadır. Birikmiş ve devreden dosya sayısı ne kadar fazla ise elden çıkarma süresi de buna paralel olarak o oranda daha uzundur. BAM hukuk dairelerindeki elden çıkarma sürelerinin uzun olması ve yıllar içinde artış göstermesi, politika yapıcılar bakımından ve adalet bürokrasisi yönünden ciddi bir ikaz olarak değerlendirilmelidir. Elden çıkarma süresindeki ciddi ve sürekli artış, ilgili mahkeme önünde çok fazla iş birikmesi olduğunu, mahkemelerin biriken bu işlerle baş edemediğini ve hem referans yılda hem de takip eden yıllarda gerçek görülme sürelerinin çok daha uzun olacağını göstermektedir.

Kanun yolu incelemesinde ve genel olarak davanın sonuçlanması için gerekli sürelerde artış olmasının sebeplerinden biri mahkemelerin aşırı iş yükü ise diğer bir önemli sebebi de istinaf derecesinde BAM'lar tarafından kanuna uygun olmayan kararlar verilmesidir. HMK'ya göre, bölge adliye mahkemeleri, istinaf incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebileceği gibi ilk derece kararını kaldırarak, davanın esası hakkında kendisi de bizzat karar verebilir (HMK m. 353). Kanun koyucunun ve HMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin amacı, bir yandan temyiz kanun yoluna başvuruları sınırlandırarak hukuk davalarında yargılamanın ikinci derecede sona ermesini sağlamak diğer yandan BAM'ların istinaf incelemesi kapsamında vakıa ve hukuka uygunluk denetimini aynı anda yaparak ve davanın esası hakkında bizzat karar vermelerini sağlayarak uyuşmazlıkların nihai olarak sona erdirilmesidir. Tespit edilen verilere göre, uygulamada BAM'lar tarafından sıklıkla bu amaca hizmet etmeyecek şekilde dosyaların tahkikat yapılmak üzere ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verildiği gözlenmiştir.



HMK'ya göre, kural olarak BAM'lar ilk derece kararını kaldırarak davanın esası hakkında kendisi de bizzat karar verebilir. Ayrıca kanunda öngörülen istisnai durumlarda istinaf incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir. Başka bir deyişle istinaf incelemesi bakımından temel ilke, ilk derece kararı hukuka aykırıysa BAM'ın bizzat davanın esası hakkında karar vermesi, istisna ise yeniden inceleme yapılmak ve karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesidir. BAM'lar, uygun olmadığı ve gerekmediği halde, HMK m. 353/1/a hükmüne dayanarak ilk derece kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse hem ilk derece yargılamasının hem de istinaf yargılamasının tekrarına yol açtığından, yargılama süreleri de her iki derece için doğal olarak uzamaktadır. Bu nedenle BAM'ların gerekmedikçe ve hatta zorunlu olmadıkça dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermemesi ve dosyadaki eksikleri bizzat tamamlayarak davanın esası hakkında kendisinin karar vermesi, ortalama yargılama sürelerini olumlu yönde etkileyecek ve sürelerin kısalmasına katkıda bulunacaktır.

BAM tarafından istinaf incelemesi sonucunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde yeniden yargılama yapılmakta ve tekrar karar verilmekte bu karar da tekrar istinaf edilebilmektedir. BAM ve ilk derece mahkemesi arasında dosyanın gidip gelmesi zaman, emek ve mali yönden kayıplara yol açmaktadır. Bu durumu önlemek için belirli dava ve işlerde BAM'ın "delil eksikliği veya tahkikat eksikliği gerekçesiyle" dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermesi yasaklanabilir. Örneğin, işe iade davası, nafaka alacağı davası, ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir gibi hızlı karar verilmesi gereken dava ve işlerde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmeden karar verilmesi esası getirilebilir.

İncelememiz sonucunda BAM'ların 2016-2022 yılları arasında çok yüksek oranda dosya üzerinden karar verdiği tespit edilmiştir. HMK m. 353 uyarınca dosya üzerinden karar verebileceği birçok durum bulunduğu ve doğal olarak dosya üzerinden karar verilen işlerin oranının az olmayacağı söylenebilir de bu oranın %90'a yaklaşması, HMK'nın istinaf kanun yolu için öngördüğü sisteme uygun değildir. BAM'ların uygulamada duruşma yapmaktan kaçındıkları, tahkikatın tamamlanması gereken hallerde ilk derece kararının kaldırılmasına ve tahkikat işlemlerinin yapılması (tamamlanması) için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verdikleri gözlenmiştir.

Ayrıca BAM'ların duruşmasız karar verme oranında 2020 yılından sonra az da olsa artış olduğu gözlenmiştir. Kanımızca 2020-2022 yılları arasındaki bu artışta, iş yükünde meydana gelen yığılmanın yanı sıra 2020 yılında HMK m. 353/1/a/6'da yapılan kanun değişikliğinin de etkisi olabilir. Önceki düzenlemede, delillerin toplanmaması ve incelenmemesi nedeniyle gönderme kararı verilebilmesi katı bir şekilde kısıtlanmışken, yeni düzenleme aynı istinaf sebebiyle gönderme kararının verilebilmesini kolaylaştırmıştır. Esasında yapılan düzenlemenin amacı, tahkikat-

ta ilk derece yargı hakkının kullanılmasını engelleyecek derecede önemli tahkikat eksiklikleri olması halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini sağlamak olmasına rağmen; uygulamada BAM'ların iş yükünün artmaya devam etmesi, yargı çevrelerinin geniş olması, daire ve hâkim sayısının istenen düzeyde olmaması, tahkikat işlemleri için zaten ilk derece mahkemelerini istinabe etmek zorunda kalacak olmaları nedeniyle, BAM'lar kendilerinin tahkikat ve duruşma açarak giderebilecekleri eksikliklerin önemli bir bölümünde ilk derece mahkemesinde tamamlanması yönünde tercih kullandığı değerlendirilmiştir. Belirtmeliyiz ki güncel durum gönderme kararları bakımından kanun değişikliğinden önceki uygulamadan çok da farklı değildir. Başka bir deyişle BAM gönderme kararlarının sayısında bariz bir artış olmamıştır.

İnceleme ve analizlerimiz sonucunda sorun olarak tespit ettiğimiz hususlardan biri de BAM'lara ait verilerin toplanması ve yayınlanmasındaki eksikliklerdir. Öncelikle BAM'ların karar türlerine ilişkin sayısal veriler HMK'nın sistematığına uygun olarak toplanmalıdır. 2022 yılı faaliyet raporlarında karar türleri önceki yıllara göre daha farklı ve doğru şekilde sınıflandırılmış olsa da bu sınıflandırma hâlâ HMK sistematığı ile tam olarak uyumlu değildir. Kanımızca adli istatistik kayıtlarında ve faaliyet raporlarında karar türleri bakımından yapılması gereken sınıflandırma aşağıdaki şekilde olmalıdır:

Ön inceleme sonunda verilen kararlar: Aidiyet kararı, Geri çevirme kararı, Başvurunun usulden reddi kararı: Kararın kesin olması, Başvuru süresinin geçmesi, Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, İstinaf sebeplerinin hiç gösterilmemesi, Diğer kararlar.

İnceleme sonunda verilen kararlar: Duruşmasız verilen kararlar:, İlk derece kararının kaldırılması ve gönderme kararı, Usul ve esas yönünden hukuka uygun karara karşı başvurunun reddi kararı (HMK 353-1-b-1), Kanunun olaya uygulanmasında hata nedeniyle düzelterek yeniden esas hakkında karar (HMK 353-1-b-2), Yargılamada bulunan eksikler nedeniyle yeniden esas hakkında karar (HMK 353-1-b-3); Duruşmalı verilen kararlar: Hukuka uygun karara karşı başvurunun reddi kararı verilmesi, Düzelterek esas hakkında hüküm verilmesi, Yargılamada bulunan eksikler nedeniyle yeniden esas hakkında karar verilmesi.

Böylece BAM'ların Kanun'da öngörülen düzenlemelere uygun olarak karar verip vermedikleri, uygulamada verilen kararların Kanun'da belirlenen karar türlerinden hangisinin kapsamında yer aldığı daha sağlıklı ve isabetli şekilde değerlendirilebilir. Ayrıca BAM ve Yargıtay hukuk dairelerinde görevli hâkim sayıları yıllara göre ve ayrıntılı olarak toplanmalı ve yayınlanmalıdır. Böylece bu mahkemelerde görevli hâkim başına düşen dosya sayısı ve iş yükü daha sağlıklı değerlendirilebilir.

BAM'lar için ortalama görülme süreleri ve elden çıkarma süreleri toplanmakta ve yayınlanmaktaysa da bu mahkemelerdeki gerçek görülme süreleri de UYAP'tan yararlanılarak adli istatistikler içinde toplanmalı ve yayınlanmalıdır. Zira ortalama

görülme süresi ve elden çıkarma süreleri tüm BAM'lar için genel olarak toplanan varsayımsal süreler olup mahkemelerin performansları konusunda genel bir kanaat verebilir. Gerçek görülme sürelerinin toplanması ve analiz edilmesi, mahkemelerin performansları konusunda daha sağlıklı değerlendirmeler yapılmasına imkân sağlayacaktır.

Bu çalışmada yararlanılan verilerden bir bölümü BAM faaliyet raporlarından alınmıştır. Ancak bazı BAM'ların faaliyet raporlarının bir kısmının yayınlanmadığı veya eksik yayınladığı tespit edilmiştir. BAM'ların performanslarının araştırmacılar ve politika yapıcılar tarafından izlenebilmesi için aynı sistematikte ve yöntemler hazırlanmasını sağlayacak önlemler alınmalı ve faaliyet raporlarının eksiksiz olarak yayınlanması sağlanmalıdır.

BAM'ların performanslarını etkileyen en önemli sorunlardan birinin iş yükü olduğu tespit edilmiştir. 2016 yılı öncesinde tamamen Yargıtay'ın üzerinde olan kanun yolu denetimi bu kez büyük oranda BAM'lara kaymıştır. Bu nedenle öncelikle BAM'ların iş yükünü azaltacak önlemler alınmalıdır. Aksi halde yeni kurulmuş olan bu mahkemelerimize ve yürüttükleri istinaf yargılamasına duyulan güvenin korunmasında ciddi sorunlar ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda alınabilecek önlemlerden biri, malvarlığına ilişkin hukuk davalarında istinaf sınırının (kesinlik sınırının) artırılmasıdır. Bugün için söz konusu parasal sınır tüketici hakem heyetlerinin görevli olduğu tüketici uyuşmazlıkları için belirlenen parasal sınırın dahi altında kalmıştır. Parasal değeri 2024 yılında 104.000 TL'nin altında olan tüketici uyuşmazlıklarında hakem heyetine başvurulması zorunludur. Hakem heyetinin kararlarına itiraz üzerine tüketici mahkemesi kararı ise kesindir. Kanımızca diğer hukuk uyuşmazlıklarda da ilk derece mahkemelerinde kesinlik sınırı bu seviyeye artırılabilir. Böylece küçük uyuşmazlıklar için üst mahkemelere başvurulması önlenerek hem hak arayanların daha kısa sürede adaletle erişmesi sağlanır hem de BAM'ların iş yükü azalacağı için istinafa giden dava ve işlerde daha kaliteli bir istinaf yargılaması yapılabilir. Kanımızca kesinlik sınırının artırılması, hak arama özgürlüğü ile etkin bir yargı sistemi arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde makul bir düzeye getirilmesi, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması olarak değerlendirilmemelidir.

Kesinlik sınırının belirlenmesi için UYAP verilerinden de yararlanılabilir; örneğin 2023 yılında açılan malvarlığına ilişkin hukuk davalarında verilen kararların parasal değeri üzerinden bir hesaplama yapılabilir. Böylece istinaf sınırında yapılacak artışa göre BAM'lara gelen dosya sayısının ne oranda azalacağı hesaplanabilir.

Kanımızca ilk derece mahkemesi kararlarına karşı daha fazla kanun yolu denetimi olanağı sağlanması, her halükârda yargılamaların ve kararların kalitesini artırmamakta, tam tersine mahkemelerin iş yükünde aşırı artışa neden olduğundan genel olarak tüm yargılamaların kalitesinde azalmaya yol açmaktadır. Başka bir deyişle, neredeyse her davada mutlak surette kanun yolu denetimi yapılması ve yargılamasının tekrarlanması adaletin daha fazla gerçekleştirildiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle malvarlığına ilişkin davalarda kanun yoluna başvuru için belirlenen

parasal sınırların gözden geçirilmesi ve BAM'ların iş yükünü dengeleyecek şekilde yeniden düzenlenmesi gereklidir.

Kesinlik sınırının altında kalan dava ve işlerde ise izne bağlı olarak istinaf yolu açılabilir. Özellikle tarafın yargısal temel haklarının ihlal edilmesi gibi önemli usul hataları veya üst mahkemelerin karar vermesine ihtiyaç duyulan önemli hukuki sorun ve tartışmalar söz konusu olduğunda, tarafın talep etmesi halinde, mahkemenin izniyle istisnai olarak istinaf yolu açılabilir. Böylece hem BAM'ların iş yükü kontrol edilebilir hem de hak arayanlar yönünden etkin bir hukuki koruma sağlanabilir.

BAM'ların iş yükünü azaltmak ve hak arayanların adalete daha kısa sürede ulaşabilmelerini sağlamak amacıyla önerilebilecek yollardan biri de ilk derece mahkemesinde verilen kararlar bakımından taraflara sıçrama yoluyla temyiz hakkını tanımak olabilir. Örneğin, Alman hukukunda sıçrama yoluyla temyiz ile istinafa başvurma zorunluluğu olmadan doğrudan temyize başvurulabilmektedir. Böylece, taraflar arasında sadece "hukuki sorunla" ilgili bir uyuşmazlık varsa, hızlıca ve daha az masrafla temyize başvuru imkânı tanınmaktadır.⁴⁵ Alman Usûl Kanunu'nun 566'ncı maddesine göre, ilk derece mahkemesinin istinafa tâbi olan nihai kararlarına karşı, diğer tarafın istinaf kanun yolundan vazgeçilmesini kabul etmesi ve temyiz mahkemesinin sıçrama yoluyla temyize izin vermesi halinde, doğrudan temyize başvurulabilir. Tarafın sıçrama yoluyla temyiz başvurusunun temyiz mahkemesi tarafından kabul edilmesi, tarafların istinaf kanun yolundan vazgeçtiği anlamına gelir. Sıçrama yoluyla temyize izin verilmesi dilekçeyle temyiz mahkemesinden talep edilir. Sıçrama yoluyla temyize başvurulabilmesi için iki koşuldan biri gerçekleşmiş olmalıdır: Buna göre, ilk derece mahkemesinin kararına konu olan hukuki sorun temel bir öneme sahip olmalı veya hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanması için temyiz mahkemesinin karar vermesine ihtiyaç duyulmalıdır. Bu şartlar Alman hukukunda izne bağlı temyiz (dZPO § 543 Abs. 2) için de aranmaktadır. Sıçrama yoluyla temyiz, usûli bir eksiklik nedeniyle sıçrama yoluyla temyize başvurmanın mümkün olmaması yönüyle izne bağlı temyizden farklıdır.

KAYNAKÇA

Raporlar

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistikleri 2016-2023

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler 2009- 2021

Adana Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2019-2022)

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2016-2022)

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2017-2022)

⁴⁵ Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung* (Vahlen 2023) § 566 Nr. 1.



Bursa Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2017-2022)

Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2020-2022)

Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2017-2022)

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2019-2022)

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2016-2022)

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2019-2022)

Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2020-2022)

Konya Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2018-2022)

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2020-2022)

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2016-2022)

Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi Faaliyet Raporları (2020-2022)

Türkiye İstatistik Kurumu, Resmi İstatistik Programı 2022-2026

Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, '2022 Yılı Bakanlık Faaliyet Raporu' (Şubat 2023) <<https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/19042023114739Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%202022%20Y%C4%B1%C4%B1%20Faaliyet%20Raporu.pdf>> Erişim Tarihi 25.12.2023.

Yargıtay Ceza ve Hukuk Daireleri ile Cumhuriyet Başsavcılığının Yıllara Göre İş Durumu Çizelgeleri <<https://www.yargitay.gov.tr/kategori/84/istatistikler>> Erişim Tarihi 22.2.2023

Dynamic Database of European Judicial Systems <<https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-stat>> Erişim Tarihi: 02.02.2024

Quantitative Data EN by CEPEJ <<https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/QuantitativeDataEN/Tables>> Erişim Tarihi: 02.02.2024

Council of Europe, *European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report*, Part 1 (2022) <<https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>> Erişim Tarihi 20.08.2023

Statistischer Bericht - Zivilgerichte – 2022 <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-zivilgerichte-2100210227005.html>> Erişim Tarihi 07.05.2024

Genel Eser, Monografi ve Makaleler

Akil C, 'Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-A-6 Üzerine Değerlendirme' (2019) 11(38) TAAD, 1-18.

Akkaya T, 'İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi' iç MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği 15. Toplantı 6-7 Ekim 2017/Antalya (Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2018)

-----'Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi' iç Osman Berat Gürzumar (edr) Haluk Konuralp'e Armağan Cilt 1, (Yetkin Yayınları 2009) 65-101.

----- Medenî Usûl Hukukunda İstinaf (1. Bası, Yetkin Yayınevi 2009)

Aktepe Artık S, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (1. Bası, Seçkin Yayınları 2014).

Çelik A, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi (1. Bası, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014)

İnceoğlu S, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (2. Bası, Beta 2005).

Karaaslan V, 'HMK m. 353/1-A Üzerine Bir İnceleme' (2017) 22 (37) DÜHFD 219-239

Musielak HJ ve Voit W, Zivilprozessordnung (20. Bası, Vahlen 2023)

Özekes M ve Boran Güneysu N, Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (1. Bası, On İki Levha Yayınları 2021)

Özekes M, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2016)

Öztek S, Taşpınar Ayvaz S ve Kale S 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi' Türkiye Barolar Birliği Dergisi (2020) (149) 77-152

Pekcanitez H, 'Medeni Yargıda Adil Yargılanma' (1997) (2) İzmir Barosu Dergisi 35-55

Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme' (2020) (150) TBB Dergisi 247-299

Yıldırım K, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf (1. Bası, Nesil Matbaacılık 2000)



İNGİLİZ SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA “TİCARİ SAĞDUYU”

“Commercial Common Sense” under English Contract Law

Fatih Buğra ERDEM*

Özet

Ticari sözleşmelerin hangi ilkeler ışığında yorumlanması gerektiği İngiliz sözleşmeler hukukunda uzun zamandır devam eden bir tartışma konusudur. Son yıllarda sözleşmelerin yorumlanmasında sözleşmede kullanılan dile atfedilen sarsılmaz bağlılık yerini ticari açıdan mantıklı sonuç doğuracak yapının tercih edilmesi anlamına gelen ticari sağduyuya bırakmıştır. Çünkü sözleşmelerde kullanılan ifadeler, makul bir ticari kişinin (basiretli bir iş adamının) onları yorumlayacağı şekilde yorumlanır. Makul bir ticari kişinin beklentisi ise sözleşmenin başka anlamlar çağrıştırmaması adına teknik yorumlara ve dilin inceliklerine aşırı vurgu yapılmaması olacaktır. Çalışmanın konusu, basiretli bir iş adamının bakış açısıyla sözleşmenin gerçek anlamı ve amacını ortaya koymaya rehberlik eden ticari sağduyunun İngiliz ticaret hukukunda nasıl şekillendiğinin ve bu yaklaşımı destekleyen/eleştiren hukuki argümanların incelenmesidir. Bu çalışmada sözleşme yorumunda ticari sağduyuya verilen önemin çeşitli zaman dilimlerinde değişiklik gösterdiği *Investors Compensation Scheme (ICS) Ltd v West Bromwich Building Society*, *Arnold v Britton* ve *Wood v Capita* gibi önemli referans kararlar üzerinden tartışılmakta ve bundan sonrasında verilebilecek kararlardaki muhtemel yaklaşımlar değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ticari Sağduyu, Basiretli Bir İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü, Ticari Sözleşmeler, İngiliz Sözleşmeler Hukuku, Sözleşme Yorumu

Abstract

The principles on how commercial contracts should be interpreted have long been a subject of debate in English contract law. In recent years, the concept of “commercial (business) common sense” has emerged as an interpretation tool that balances the unwavering adherence to the language used in the contract has been replaced by commercial prudence, which means the preference for the commercially sensible construction in the interpretation of contracts. Since the wording is interpreted as a reasonable commercial person (a prudent businessperson) would interpret them, and this person does not want an overemphasis on technical interpretations and subtleties of language. This paper examines how commercial prudence, which guides the discovery of the true meaning and purpose of the contract from the perspective of a prudent businessman, is applied in English commercial law and the legal debates that this approach brings. In this study, the importance given to commercial common sense in contract interpretation has changed in various time periods, and the possible approaches in future decisions are discussed through important reference decisions, such as *Investors Compensation Scheme (ICS) Ltd v West Bromwich Building Society*, *Arnold v Britton* and *Wood v Capita*.

Keywords: Commercial common sense, Duty to Act as a Prudent Businessman, Commercial Contracts, English Contract law, Contract Interpretation

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.07.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, fatihbugra.erdem@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8654-2684>.

GİRİŞ

Ticari sağduyu (*commercial common sense*), bir sözleşmenin yorumlanması ile ortaya çıkacak olan neticenin tarafların ticari amaç ve niyetleriyle ne denli örtüşeceğinin mahkemece gözetilmesinde kullanılan kıstas olarak tanımlanabilir. İngiliz mahkemelerince sıklıkla kullanılan yorum metodlarından birisi olan ticari sağduyu kıstası ile sözleşme metnindeki ifadeler, ilgili iş kolunda faaliyet gösteren basiretli bir iş adamının gözünden değerlendirilerek uyuşmazlık konusu ifadelerin 'gerçek anlamları' ortaya konulmaya çalışılır.¹ Bu nedenle sözleşmedeki ifadelerin olağan anlamı amaçlanan gerçek anlamdan ne kadar uzaksa, ticari sağduyunun dikkate alınması bir o kadar gerekli hale gelecektir. İlgili argümanın mevhumu muhalifinden yola çıkılacak olursa, sözleşme hükümleri yorumlanırken sözleşmede kullanılan ifadelerin açık olması ve sözleşmenin bütünü içerisinde bir çelişki barındırmaması durumunda mahkemenin tarafların sözleşme özgürlüklerine hanel getirmeksizin metne bağlı kalması gerekecektir.²

Sözleşme tarafları kimi zaman farkında olmayarak kimi zaman da farkında olmalarına rağmen aralarındaki güven ilişkisine binaen ortaya çıkabilecek uyuşmazlık ihtimallerini göz ardı ederek sözleşmede yalnızca asli yükümlülüklerin belirtilmesini yeterli görebilmektedirler.³ Bu nedenle bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda sözleşmedeki boşlukların doldurulması ya da belirsizliklerin giderilmesi için uyuşmazlık konusu hükmün ima ettiği durumun mahkeme ya da hakem marifetiyle tespiti zaruri hale gelmektedir. Bu tespit ile sözleşme taraflarının objektif niyetlerinin ortaya çıkarılması amaçlanır.⁴ Mahkemelerce icra edilen bu yorum sürecinin sübjektif bir değerlendirmeye dönüşmemesi adına İngiliz içtihat hukukunda zaman içinde iki temel test geliştirilmiştir: (i) yorum suretiyle sözleşmeye ticari etkinlik kazandırılması (*business efficiency test*) ve (ii) sözleşmedeki uyuşmazlık konusu hükmün makul ticari kişiler tarafından yorumlandığında 'açık' olarak tek bir anlam ifade etmesi (*obviousness test*).⁵ Bu testlerin uygulanması ile birlikte mahkeme, sözleşmeye bir 'ekleme' yapmamakta, bilakis yorum suretiyle zaten tarafların başından beri var olan niyetini gerçekleştirmiş olmaktadır.⁶ Anılan ticari etkinlik ve açıklık testlerinin uygulanması ile mahkemelerin sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırılık

¹ *Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] 1 WLR 2900.

² *Durham Tees Valley Airport Ltd v bmibaby Ltd* [2009] EWCH 852 (Ch); *Torre Asset Funding Ltd v Royal Bank of Scotland plc* [2013] EWCH 2670 (Ch).

³ Mark Anderson ve Victor Warner, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts* (Bloomsbury 2023) 6-14; Jill Poole, *Textbook on Contract Law* (Oxford University Press 2016) 216.

⁴ *Attorney-General of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10.

⁵ Adam Kramer, 'Implication in Fact as an Instance of Contractual Interpretation' (2004) 63(2) *Cambridge Law Journal* 384-411; *Baker Tilly v Makar* [2010] EWCA Civ 1411.

⁶ *Attorney-General of Belize* (n 4).

teşkil etmediği sürece⁷ sözleşme metninden uzaklaşmadığı fakat ticari sağduyuyu da arka plana atmadığı bütüncül bir yaklaşımı benimsediği ifade edilebilir.⁸

Sözcükler ne zaman bağlama ağır basmalı ve bağlam ne zaman sözcüklere baskın gelmelidir? İngiliz hukuk sistemi açısından sözleşme yorumunda uzunca bir süre boyunca benimsenen görüş metne sıkı sıkıya bağlı kalmak olmuştur. Ancak özellikle Lord Hoffman’ın Lordlar Kamarası İstinaf Mahkemesi üyesi olduğu dönemde, yani 1995-2015 yılları arasında sözleşme metninin anlaşılabilmesi için hangi bağlamda ele alındığının ortaya konması gerekliliği üzerinden yorum ilkeleri geliştirilmiş ve sıkça ticari sağduyu kıstasına başvurulmuştur. Ardından 2015 yılında karara bağlanan *Arnold v Britton* davasında sözleşmenin yapıldığı andaki enflasyon oranı ile sonraki yılların enflasyon oranları arasındaki beklenmeyen fark nedeniyle sözleşmenin yeniden yorumlanarak hakkaniyetli bir oran belirlenmesi talep edildiğinde mahkeme sözleşme metnine önem atfederek bağlamdan arı bir gerekçe ortaya koymuştur.⁹ Her ne kadar bu yaklaşım dilsel üstünlüğün yeniden kabul edildiği yönünde bir algı ortaya çıkarmış olsa da mahkemelerin ekseriyeti ticari sağduyu kıstasını gözetmeye devam etmiştir.¹⁰ Örneğin, 2021 yılında *Arnold v Britton* ile birçok noktada benzerlik gösteren bir dava olarak kabul edilebilecek *Monsolar IQ Ltd v Wooden Park Ltd* kararında tarafların niyetlerini açıkça yansıtmayan bir kira sözleşmesindeki endeksleme maddesinin lafzen değerlendirilmesinin istenmeyen sonuçlar doğurabileceği ge-

⁷ Bkz. *Mears v Safecar Security Ltd* [1983] QB 54. Anılan kararda bir güvenlik firması çalışanı 14 ay öncesinde başladığı işinde 7 ay boyunca hastalığından ötürü çalışmamıştır. Hastalık süresinde maaş almamış fakat hastalık yardımı (*sickness benefit*) almıştır. Taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesinde hastalık maaşına (*sick pay*) ilişkin bir hüküm eklenmemiş ve çalışana böyle bir maaş hiç teklif edilmemiştir. Buna rağmen işçinin kanunen hakkı olan hastalık maaşının (*statutory sick pay*) belirlenen şartlar dahilinde ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. İlgili hüküm kurulurken hastalık nedeniyle devamsızlık dönemlerinde ücretin ödeneceğine veya ödenmeyeceğine dair bir hükmün ima edilip edilmediğinin incelenmesinin yanı sıra diğer tüm olgu ve koşulların bir arada değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Çünkü bir husus sözleşmede öngörülmemiş olsa da kaynağı aksinin öngörülemeyeceği bir kanuna (ya da ilgili sektördeki örf veya adete) dayanıyor olabilir. Ayrıca bkz. Elisabeth Peden, ‘Policy Concerns Behind Implication of Terms in Law’ (2001) 117 Law Quarterly Review 459.

⁸ *Marks & Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co. (Jersey)* [2015] UKSC 72, 26; *Procter & Gamble Co. v Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA* [2012] EWCA Civ 1413, 22; *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36; Paul Davies, ‘The Meaning of Commercial Contracts’: Paul Davies ve Justine Pila (eds), *The Jurisprudence of Lord Hoffman* (Hart 2015) 215-240; Poole (n 3) 217.

⁹ *Cantor Fitzgerald v Yes Bank* [2024] EWCA Civ 695; Suzanne Robertson, ‘Making Sense of Commercial Common Sense’ (2018) 49 Victoria University of Wellington Law Review 279; Jonathan Morgan, *Contract Law Minimalism* (Cambridge University Press 2013) 62; *Arnold v Britton* (n 8); Simon Duncan, ‘Oxwich Park: stepping back from the brink – contractual interpretation after *Arnold v Britton*’ (2015) 101 *Amicus Curiae* 9-11; Craig Connal, ‘Has the Rainy Sky Dried Up? *Arnold v Britton* and Commercial Interpretation’ (2016) 20 *Edinburgh Law Review* 76; Rohan Havelock, ‘Return to Tradition in Contractual Interpretation’ (2016) 27 *Kings Law Journal* 201-202.

¹⁰ *National Commercial Bank Jamaica Ltd v NCB Staff Association (Jamaica)* [2024] UKPC 2; *ASSIA v BT* [2023] EWCA Civ 451; *Sara & Hossein v Blacks* [2023] UKSC 2; *Wood v Capita Insurance Services Ltd* [2017] UKSC 24; *Rainy Sky* (n 1).



rekçesiyle ticari sağduyu ve bağlam üzerinden sonuca ulaşılmıştır.¹¹ Bu iki karar aslında birbirine taban tabana bir tezatlık oluşturmamakta, bilakis sözleşmelerde ticari açıdan tedbirsizce öngörülen hükümler ile bağlamdan kopuk hükümlerin ayırt edilmesini sağlayan bir ölçüt geliştirilmesine fayda sağlamaktadır.¹² Buna göre, mahkemelerin tarafların öngörüsüzlüğünü telafi etmek gibi bir görevi olmamakla birlikte anlaşmanın bağlamına tezatlık gösteren hükümleri değerlendirirken ticari ilişkinin gerçek amacını gözetmekle ödevlendirildiği söylenebilir.

Uluslararası mal satımında ve bilhassa deniz ticareti taşımacılığında kullanılan matbu sözleşmelerin kahir ekseriyeti İngiliz hukuku uygulamasını kabul etmektedir. Bu nedenle gerek literatürde gerekse tatbikatta İngiliz sözleşme hukukunun temel prensiplerinin tartışılması önem arz etmektedir. Bununla birlikte, bu çalışmanın hukukumuzda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 18 f. 2'de düzenlenen basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi beklenen tacirler için objektif bir öngörülebilirlik kıstası oluşturulması hususuna bir kaynak teşkil edebileceği umulmaktadır. Çalışmanın sonraki bölümlerinde ticari sağduyu kavramının ortaya çıkışı ve uygulanışına ilişkin temel bilgiler sunulmak suretiyle İngiliz hukukunda son yıllarda Yüksek Mahkeme (Court of Justice) ve Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) tarafından verilmiş önemli kararlar derlenerek içtihatın gelişimi resmedilmektedir. Bu çerçevede oluşturulurken, çalışmanın ana konusu olan ticari sağduyunun bir yorum aracı olarak kullanılmasına getirilen eleştiriler de çalışmanın bir diğer sac ayağını teşkil edecektir.

I. TİCARİ SAĞDUYU KAVRAMI VE UYGULANMASI

Sağduyu kavramı, toplumun ortak aklı (*common sense*) anlamında kullanılmaktadır. Diğer bir ifade ile, çoğunluğun doğru olarak kabul ettiği olgular sağduyulu olgular olarak kabul edilmektedir. Çalışma boyunca kullanılan sözleşmenin yorumlanmasındaki 'ticari sağduyu' kavramından kasıt ise sözleşme hükümlerinden çıkarılabilecek en makul anlamın ticaret yapan kişilerin çoğunluğuna mantıklı gelen anlam olduğudur.¹³ Hakeza tarafların akdettikleri sözleşmelerin ticari hedefleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması ticari kesinliğin sağlanmasına da katkıda bulunacaktır. Buradan hareketle ticari sağduyuya duyulan ihtiyacın kaynağını bizatihi ticari hayatın aktörlerinden aldığı söylenebilir. Bu meyanda, bir anlaşma, ancak ve ancak tarafların ulaşmaya çalıştığı ticari hedefle tutarlı olduğunda ticari sağduyuya uygun bir anlaşma olarak kabul edilecektir. Sonuç olarak ticari sağduyuya dayalı yorum, pragmatik varsayımlar içerir. Önemli olan husus ise bu varsayımların nasıl tanımlanacağıdır.¹⁴ Bu bağlamda Goff,

¹¹ *Monsolar IQ Ltd v Wooden Park Ltd* [2021] EWCA Civ 961.

¹² Kyriakos Trigonis, 'Arnold v Britton [2015]: An Odyssey of Commercial Interpretation' (2021) 6(1) Kent Law Review 5-6.

¹³ *Mannai Investment Co v Eagle Star Life Assurance* [1997] A.C. 749, 771, H.L.

¹⁴ Adam Kramer, 'Common Sense Principles of Contract Interpretation (and how we've been using

mahkemelerin varlık amacını “ticaretin çarklarına kum koymak değil bilakis bu çarkları yağlamak”¹⁵ olarak tanımlarken aslında ticari sağduyunun yargısal zeminini de hazırlamıştır.

A. Ticari Sağduyu Kavramı ve Hukuk Düzenindeki Yeri

Ticari sağduyu, “mahkemelerin her iki tarafın da bildiği ticari ve fiili arka planı dikkate alarak ticari açıdan makul bir neticenin ortaya çıkmasına hizmet eden bir yorumlama aracı”¹⁶ veya sözleşmelerin yorumunda “paha biçilemez bir rehber”¹⁷ olarak tanımlanabilir. İngiliz hukukunda ticari sağduyunun da ticari sözleşmelerin yorumunda bir araç olarak sayılması gerektiğine ilişkin ilk önemli atf Lord Diplock tarafından “ticari bir sözleşmedeki kelimelerin detaylı ve sözdizimsel analizi, ticari sağduyuya aykırı bir sonuç doğuruyorsa, ticari sağduyuya boyun eğmelidir” ifadesi ile yapılmıştır.¹⁸ Bu yaklaşım mahkemelere sözleşme yorumunda büyük bir esneklik kazandırmıştır. Ancak, ticari sağduyuya boyun eğmek ifadesinden tarafların sözleşmenin müzakeresi neticesinde kabul ettiği konularının hiçe sayılarak olması gereken pazarlık koşullarının taraflara dayatılması gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Ticari sağduyu, uyumsuzluk taraflarının ticari amaç ve hedeflerini desteklemek, ticari teamülleri gözetmek, iki tarafın da bildiği veya bilmesi gerektiği ticari ve olgusal arka planı gözetmek, makul bir tacirin bakış açısını sorgulamak ve sözleşmenin lafzındaki bir anlaşmazlıktan ötürü istenmeyen bir sonucun bertaraf edilmesini sağlamak amaçlarıyla kullanıldığında fayda sağlayacaktır.¹⁹ Ancak ticari sağduyunun sözleşme yorumlanmasında yardımcı bir araç olduğu unutulmamalıdır; çünkü salt ticari sağduyu üzerinden yapılacak bir yorum sözleşme özgürlüğü ilkesini zedeleyecektir.²⁰

Ticari sözleşmelerde kelimelerin gerçek anlamı ve bağlamı içerisinde değerlendirildiğindeki anlamı arasında bir çatışma söz konusu olabilir. Böyle bir uyumsuzlukta, bazen kelimelerin gerçek anlamının (*textualism*) bazense bağlam içerisindeki anlamının (*contextualism*) dikkate alındığı tezat kararlar mevcuttur.²¹ Bu tezatlığı giderebilmek adına İngiliz hukuku, yüzyıllar boyunca,

them all along)’ (2003) 23(2) Oxford Journal of Legal Studies 195; Yock Lin Tan, ‘Construction of Commercial Contracts and Parol Evidence’ (2009) Singapore Journal of Legal Studies 323.

¹⁵ Robert Goff, ‘Commercial Contracts and the Commercial Court’ (1984) Llyod’s Maritime and Commercial Law Quarterly 391.

¹⁶ *Arnold v Britton* (n 8) 21.

¹⁷ *Ashtead Plant Hire v Granton Central Developments* [2020] SC 244, para 17.

¹⁸ *Antaios Compania Navera SA v. Salen Rederierna SA* (‘The Antaios’) [1985] AC 191.

¹⁹ *Hut Group Ltd v Nobahar-Cookson* [2016] EWCA Civ 128, 30; *BS&N Ltd (BVI) v Micado Shipping Ltd (Malta)* (‘The Seaflower’) [2001] C.L.C. 421, 82; *Re Golden Key* [2009] EWCA Civ 636, 28; *Jackson v Dear* [2012] EWHC 2060 (Ch) 40.

²⁰ Neil Andrews, ‘Interpretation of Contracts and “Commercial Common Sense”: Do Not Overplay This Useful Criterion’ (2017) 76(1) The Cambridge Law Journal 36-62.

²¹ Örneğin *Arnold v Britton* (n 8) kararında kelimelerin gerçek anlamının önemine vurgu yapan mah-



sözleşmelerin yorumlanmasına rehberlik edebilecek çeşitli kurallar ve ilkeler geliştirmiştir. Başlangıç noktası olarak takip edilen en temel ilke, anlamın belirlenmesinin nesnel bir uygulama olduğu ve hukukta bir belgenin yalnızca tek bir doğru anlamı olduğudur. Bu nedenle, bir sözleşmenin yorumunda tarafların sözleşme öncesi müzakereleri veya sözleşme sonrası davranışları yoluyla ortaya koydukları öznel niyetlerinin herhangi bir kıymeti bulunmamaktadır.²² İctihat hukuku bu temel ilkeler ışığında mahkemelerin sözleşmelerdeki doğru anlama ulaşabilmeleri için çeşitli araçlar geliştirmiştir. Bu araçlar da doğrudan ifade edilmese de büyük ölçüde sağduyunun yoruma dahiliyetini teşvik eden araçlardır. Örneğin, kelimelerin olağan anlamlarında kullanıldığına ilişkin bir ön kabul veya bir kelimenin bir sözleşmede birden fazla kez kullanılması halinde her kullanımının aynı anlamı vereceğine ilişkin beklenti aslında sözleşmede kesinlik arayışına dayanır ve bu da ticari sağduyunun bir çıktısıdır.

Sözleşmenin yorumlanması sürecinde öncelik sözleşmedeki kelimelerin doğal ve olağan anlamlarına verilmekte²³ fakat seçilen kelimelerin tarafların belirtmek istedikleri anlamın dışında yorumlandığına yönelik bir uyuşmazlıkta sözleşmenin amacı, arka planı ve ticari sağduyu gibi dış faktörler de gözetilerek bağlamsal bir yorum tercih edilmektedir.²⁴ Bu minvalde, ticari sağduyunun ne ölçüde nazara alınması gerektiği İngiliz içtihat hukukunda içinden çıkılmaz bir soruna dönüşmüştür. Özellikle 2015'te verilen *Arnold v Britton* kararıyla birlikte metinsel yoruma dönüldüğüne ilişkin bir algı ortaya çıkmış olsa da hemen bu kararın ardından ticari sağduyu ışığında sözleşmelerin yorumlandığı birçok dava kesinleşmiştir.²⁵ Nitekim yakın tarihli kararlar incelendiğinde, sözleşmelerin yorumunda ticari sağduyunun yoğun bir biçimde ön plana çıkarıldığı bağlama dayalı yorum anlayışının hakimiyet kazandığı görülmektedir.²⁶

keme *Wood v Capita* (n 10) kararında gerçek anlamdan ziyade bağlamındaki anlamı üzerinden karara varmıştır.

²² Christopher Staughton, 'How Do Courts Interpret Commercial Contracts?' (1999) 58(2) The Cambridge Law Journal 307; Paul Davies, 'Rectification versus Interpretation: The Nature and Scope of the Equitable Jurisdiction' (2016) 75(1) The Cambridge Law Journal 68.

²³ Ryan Marsich, 'Commercial Common Sense in Contractual Interpretation: Observations on the Court of Appeal in *Technix v Fitzroy* and the *Malthouse v Rangarita*' (2021) 52(3) Victoria University of Wellington Law Review 541; *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] AC 1112; *Homburg Houtimport BV v Agrosin Ltd* [2004] 1 AC 715, 738; Anthony Davidson Gray, 'Relational contract theory, the relevance of actual performance in contractual interpretation and its application to employment contracts in the United Kingdom and Australia' (2023) 52(2-3) Common Law World Review 83.

²⁴ Lord Grabiner, 'The Iterative Process of Contractual Interpretation' (2012) 128 Law Quarterly Review 41.

²⁵ *Barton v Gwyn-Jones* [2023] AC 684 (Supreme Court) 702; Marc Moore, 'Commercial Common Sense in Contract Interpretation: A Legal Realist Analysis' (2024) 14 UCL Research Paper Series 4.

²⁶ *Sara & Hossein v Blacks* (n 10).

B. Ticari Sağduyunun Sınırları

Ticari sağduyunun en temel sınırı, bu yorum usulü ile sözleşme metnine “rakip bir anlam” yüklenmemesidir. Yani ticari sağduyu ancak ve ancak bir hükümden çıkarılabilecek karşıt anlamlar mevcutsa başvurulabilecek bir kaynaktır.²⁷ Anlam ne kadar belirsizse ticari sağduyu argümanlarına ihtiyaç o denli artacaktır. Bir belirsizlik olmamasına rağmen sözleşme metni ticari sağduyu ile yorumladığında farklı bir netice ortaya çıkıyorsa bu durumun mahkeme nezdinde eser miktarda önem arz etmesi beklenir.²⁸

İngiliz sözleşme hukukunda yorum, sözleşmenin hukuki anlamını objektif olarak tespit etmekten ibarettir. Bu nedenle tarafların niyetlerine atıf yapılarak objektif yorum kriterlerine gölge düşürülmemesi gerekir.²⁹ Objektif yorum, tarafların sözleşmedeki ortak amaçlarının, sözleşmenin arka planının ve sözleşmenin ifa edildiği ticari ortamın gözletilmesini gerektirir. Bu amaçla hukukumuzda makul, dürüst, objektif, iyiniyetli ve ortalama zeka seviyesine sahip kişi olarak tanımlanan; İngiliz hukukunda ise tüm bu sıfatları kapsamakla birlikte ihtiyatlı (*prudent*) kişi olarak ifade edilen kişinin sözleşme akdederken içerisinde bulunduğu konum, sözleşmeye uygulanacak hukuk ve teamüller dahil dikkate alması gereken her şeyi değerlendirerek karar vermesi beklenir. Bu bir ticari sözleşme olduğunda ihtiyatlı kişinin ayrıca ticari açıdan öngörülmesi beklenir. Bu sebeple sözleşme taraflarının kullandıkları ifadeleri titizlikle seçmesi gerekmektedir. Sözleşme hükümlerinin objektif bir iş adamının gözünden nasıl yorumlanabileceğine dikkat edilerek ifadelerin seçimi aşamasında büyük bir özen gösterilmesi beklenmektedir. Çünkü mahkemenin tarafları kötü bir pazarlıktan (*bad bargain*) kurtarmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁰

II. İNGİLİZ İÇTİHAT HUKUKUNDA TİCARİ SAĞDUYU

Öncesinde birçok kararda dile getirilmiş olmasına rağmen ticari sağduyunun sözleşme yorumunda bir ilke olarak kabulüne ilişkin ilk esaslı referansın 1998 yılında verilen *Investors Compensation Scheme (ICS) Ltd v West Bromwich Bu-*

²⁷ Andrews (n 20) 16; *Flanagan v Liontrust Investment Partners LLP* [2015] EWHC 2171 (Ch); *Edgeworth Capital (Luxembourg) SARL v Ramblas Investments BV* [2016] 1 All E.R. (Comm.) 368, 45-48.

²⁸ *Globe Motors Inc v TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd* [2016] EWCA Civ 396; *Tartsinis v Navona Management Co* [2015] EWHC 57 (Comm), 54.

²⁹ Andrews (n 20) 26.

³⁰ Paul Davies, ‘Excluding Good Faith and Restricting Discretion’: Paul Davies ve Magda Raczynska (eds), *Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms* (Hart 2020) 89-112. Temel ilke mahkemenin tarafları kötü pazarlıktan kurtaramayacağı olsa da mahkeme bazı kararlarda (*Chartbook* ve *Belize* gibi) tek taraflı olarak kötü bir pazarlığı sürdürmek isteyen tarafları haklı bulmamıştır. Bkz. Moore (n 25) 9-17.



*ilding Society*³¹ kararında zikredildiği kabul edilmektedir.³² Bu anlayış zaman içerisinde giderek mahkeme kararlarının özüne yerleşmeye başlamıştır. Her ne kadar 2015 yılında karara bağlanan *Arnold v Britton*³³ davasında sözleşme yorumunda metinsel üstünlüğe yeniden vurgu yapılarak içtihatların bu yönde gelişeceği yönünde bir beklenti yaratılmışsa da sonrasında verilen *Wood v Capita*³⁴ ve diğer kararlar ile ticari sağduyunun mutlaka yorumun bir parçası olması gerektiğine ilişkin açık bir irade ortaya konulmuştur. Çalışmanın bu bölümünde ticari sağduyuya ilişkin milat niteliğindeki bu üç karar dönemi tartışılmaktadır.

A. ICS Öncesi Dönem (-1998): İçtihatlarda Ticari Sağduyu Sinyalleri

Geçmiş tarihlerde İngiliz mahkemeleri ticari sağduyu kavramına doğrudan bir atıf yapmasa da ticari sözleşmelerin yorumunda birçok kez ticari sağduyuyu dikkate almıştır. Örneğin 1893 tarihli *Glynn v Margetson* kararında basiretli bir iş adamından beklenecek özenin sözleşme kurulurken gösterilmesi gerektiği hüküm altına alınarak, sözleşme hazırlanırken muğlak ve farklı anlamlara gelebilecek şekilde ağdalı ifadeler kurmaktan kaçınılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumun sözleşme metninin yorumlanmasını kolaylaştıracağı ve dolayısıyla sözleşme taraflarından her biri için avantajlı olacağı mukakkaktır. Sözleşmeler, en nihayetinde, tarafların yükümlülüklerini hangi koşullar altında ifa edeceklerini belirlemek için hazırlanır; amaç tarafların sözleşmedeki iradelerini hayata geçirebilmektir.³⁵ Somut olayda, kısa sürede bozulma riski taşıyan bir portakal cinsinin deniz yolu ile Malaga'dan Liverpool'a götürülmesi için taşıma sözleşmesi yapılmıştır. İlgili sözleşmede geminin Avrupa veya Afrika'daki herhangi bir limana sapabileceği (*liberty clause*) kararlaştırılmıştır. Gemi portakalları teslim aldıktan sonra Malaga'nın 350 mil doğusundaki bir limandan yük almış ve sonrasında Liverpool'a dönmüştür. Liverpool limanına gelindiğinde portakalların bozulmuş olması sebebiyle açılan davada kaptanın sözleşmeden kaynaklı sapma hakkını kullandığı savunması yapılmış olsa da Lordlar Kamarası, sözleşmenin asıl amacının çabuk bozulan bir ürünün Liverpool'a teslim edilmesi olduğu ve bu bağlamda maddenin lafzının göz ardı edilerek geminin sadece rota üzerindeki limanlara sapabileceği, dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğunun vaki olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere uyuşmazlığın çözümünde, sözleşmeden umulan (ve umulması beklenen*) ticari faydanın bozulacak ürünlerin

³¹ *Investors Compensation Scheme Ltd [ICS] v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896 (HL).

³² Lord Hoffman tarafından verilen bu karar öncesinde ticari sağduyunun dile getirildiği davalar da bazatıhi Lord Hoffman tarafından karara bağlananlardır.

³³ *Arnold v Britton* (n 8).

³⁴ *Wood v Capita* (n 10).

³⁵ *Glynn v Margetson* [1893] A.C. 351, 356, H.L. Bu karar sonraki mahkeme kararlarında da yerleşik hale gelmiştir. Bkz. *Globe Motors Inc v TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd* [2017] 1 All E.R. (Comm) 601, 59; *Jumbo King Ltd v Faithful Properties Ltd* [1999] HKCFA 38, 59.

mümkün olan en kısa zaman dilimi içerisinde varış limanına teslim edilmesi olduğu düşüneneğinden yola çıkılmıştır.³⁶

Glynn v Margetson kararı üzerinden çıkarılabilecek en temel netice, bir ticari sözleşmenin ticari ihtiyaçları karşılamak için yapıldığıdır. Lord Wilberforce, *Reardon Smith Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen* davasında, “mahkeme [bir sözleşmeyi yorumlarken] sözleşmenin amacını bilmelidir ve bu da işlemin doğuşu, arka planı, bağlamı, tarafların faaliyet gösterdiği pazar hakkında bilgi sahibi olması ile mümkündür” ifadesi ile mahkemenin sözleşmeyi yorumlayabilmek için ticari gerçekleri dikkate almasını gerektiren bir açıklamada bulunmuştur.³⁷ Ticari şartları dikkate alabilmek için de ticari hayatın kuralları (ticari örf ve adetleri) hakkında bilgi sahibi olunması gerekir. Ancak mahkemenin her somut olaya ilişkin böyle bir bilgi ve öngörüyü haiz olamayacağı da muhakkaktır. Bu nedenle tarafların savunmalarında mahkemenin yorumuna etki edebilecek ticari bilgileri mahkemeye arz etmesi önemlidir. Misalen, *Jacobs v Scott & Co* davasında Lordlar Kamarası, Kanada’dan Glasgow’a ithal edilen samanın yüzde yirmiden fazla yonca içermemesi gerektiğine ve tedarikçinin İskoçya’da olmasa da bu kurala tabi olduğuna karar vermiştir.³⁸ Bu durumu Glasgow şehri özelinde değerlendiren mahkeme, daha sonrasında Londra ve Bristol gibi Birleşik Krallık’taki diğer ana saman pazarlarında daha yüksek oranlara tolerans göstermiştir.³⁹ Sonuç olarak *ICS* kararından önce de ticari sağduyu gözetilerek verilen kararlar olmuştur fakat bu durum, yorum metodolojisi açısından ticari sağduyunun tam anlamıyla muteber bir konum edindiği şekilde yorumlanmamaktadır.

B. *ICS* Kararı (1998-2015): Ticari Sağduyu Dönemi

Sözleşmenin yorumlanması, sözleşmenin gerçek amacını tespit edebilmek için mahkemelerce yürütülen objektif bir süreçtir. İngiliz hukukunda ticari sözleşmelerin yorumlanmasına yönelik çağdaş yaklaşım, Lord Hoffmann’ın 1998’te *Investors Compensation Scheme (ICS) Ltd v West Bromwich Building Society (ICS)* davasında verdiği kararda geliştirmiş olduğu ilkelere dayandırılmaktadır. Son yıllarda İngiliz ticaret hukukunun pek nadir alanında, sözleşmelerin yorumlanmasında olduğu kadar literatürün derinleştiği görülmektedir. Bir sözleşme hakkında bilinmesi gereken her şeyin, sözleşmenin birebir metninde yer aldığına dair süregelen yaygın algının kırılması epey zaman almıştır. Ancak modern yaklaşımla birlikte sözleşmenin yorumu, tarafların anlaşmaya vardıkları anda makul olarak erişebilecekleri tüm arka plan bilgilerine sahip makul bir

³⁶ *Glynn v Margetson* [1893] A.C. 351, 356, H.L.

³⁷ *Reardon Smith Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen* [1976] 1 W.L.R. 989, 995-6, H.L.

³⁸ *Jacobs v Scott & Co* [1899] 2 F (HL) 70.

³⁹ *Reardon Smith Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen* (n 37) 9.



kişiye iletceği anlamın belirlenmesi işlemine dönüşmüştür.⁴⁰ Lord Hoffman, *Chartbrook v Persimmon Homes Ltd* davasında verdiği karar ile "mahkemenin, makul bir kişinin sözleşme şartlarından anlayamayacağı bir niyetin taraflara da atfedilemeyeceğini" vurgulamıştır.⁴¹ Benzer bir tutum *Attorney General of Belize v Belize Telecom (BT) Ltd* davasında da sergilemiştir.

Somut olayda, Belize hükümeti ülkenin telekomünikasyon hizmetini üstlenmek adına bir şirket kurmuştur. Esas sözleşmede imtiyazlı olarak düzenlenen "özel payı haiz ortağın yönetim kuruluna ek bir yönetici atayabileceği" yönünde bir hüküm bulunmaktadır. Buna istinaden ilgili payın sahibi *BT* bu özel payı ile yönetici atamıştır. Bu özel pay, sonrasında yaşanan finansal zorluklar sebebiyle haczedilmiştir. Esas sözleşmede bu usulde atanan yöneticilerin görevlerinin nasıl sona erdirileceği belirtilmediği için mahkeme kararıyla atanan yöneticilerin şirketi terk etmesi gerektiği esas sözleşmeye eklemiştir. *BT* esas sözleşmede yöneticilerin görevden alınmasına ilişkin bir hüküm olmadığından, mahkemenin de esas sözleşmeye yeni bir hüküm ekleme yetkisinden söz edilemeyeceğinden, yöneticilerin istifa etmedikleri sürece görevden alınamayacaklarını ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi ise yöneticilerin hiçbir surette görevden alınamamasının eşyanın tabiatına aykırı düşeceğini belirterek belirli bir payı temsilen yönetimde olan yöneticilerin ilgili pay ortadan kalktığında istifa etme mecburiyetinin doğacağını belirtmiştir. Sonuçta, esas sözleşmeyi daha makul ve etkin kılmak amacıyla mahkemenin metin üzerinde değişiklik yapması isabetsiz bulunmuş; önemli olan hususun mahkemenin sözleşmeyi işler hale getirecek şekilde yorumlayabilmesi olduğunun altı çizilmiştir. Somut esas sözleşmede ilgili ihtimalin metinde yer almaması zımnen böyle bir olgunun kabul edilmesi amacı taşımadığı gibi böyle bir eksikliğin şirket adına hiçbir makul fayda sağlamayacağı düşünülerek ilgili boşluk ticari sağduyuya aykırı bulunmuş ve mahkeme tarafından bağlamsal bir yoruma konu edilmiştir.

Lord Hoffman'ın anılan kararlar ışığında bir hukuk yaratmayı mı yoksa yaratılan düzeni açıklamaya mı çalıştığı *Marks and Spencer (M&S) v BNP Paribas Securities Services Trust Co.* (BNP) kararı üzerinden de değerlendirilebilir.⁴² Somut olayda *M&S, BNP*'den bir iş yeri kiralamış ve kira bedelinin

⁴⁰ *Investors Compensation Scheme Ltd [ICS] v West Bromwich Building Society* (n 31) 912-913; *Firm PI 1 Ltd v Zurich Australian Insurance Ltd* [2015] 1 NZLR 432, 60; *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* (n 23) 33; Lord Bingham, 'A New Thing Under the Sun? The Interpretation of Contract and the ICS Decision' (2008) 12 *Edinburgh Law Review* 389; Marsich (n 23) 542-544; Ryan Catterwell, 'Striking a Balance in Contract Interpretation: The Primacy of the Text' (2019) 23 *Edinburgh Law Review* 53; *Wood v Capita Insurance Services Ltd* (n 10) 11-12; Rohan Havelock, 'The Unitary Exercise of Contractual Interpretation' (2017) 76(3) *The Cambridge Law Journal* 486-489.

⁴¹ Richard Buxton, "'Construction" and Rectification After *Chartbrook*' (2010) 69(2) *Cambridge Law Journal* 254-255.

⁴² *Marks & Spencer plc* (n 8).

mutat çeyrek günlerde (*usual quarter dates*) ödeneceği hususunda anlaşılmıştır. Belirtilen günler İngiltere’de 25 Mart, 24 Haziran, 29 Eylül ve 25 Aralık tarihleridir. Bununla birlikte sözleşme hükümlerinde iki adet fesih dönemi belirlenmiştir. 6 ay önceden bildirimde bulunmak suretiyle 24 Ocak 2012 veya 24 Ocak 2016 tarihlerinden birinde kiracıya sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır. İlgili fesih bildiriminin yalnızca kiranın ödenmiş olması ve kiracının 919.800 GBP + KDV tutarında cayma tazminatı ödemesi halinde geçerli olacağı da sözleşmede belirtilmiştir.

Kira sözleşmesinin sona erme tarihi 2 Şubat 2018 olmasına rağmen kiracı altı ay öncesinde bildirimde bulunarak sözleşmeyi fesih hakkını kullanmış ve 24 Ocak 2012’de sözleşmeyi sona erdirmiştir. Fesih tarihi iki kira döneminin ortasında kaldığından 7 Temmuz 2011’de fesih ihtarında bulunan *M&S*, bununla birlikte 25 Aralık 2011’de, 24 Mart 2012’ye kadar olan kiranın tamamını belirlenen fesih bedeli ile birlikte ödemiştir. *M&S*, sonrasında 25 Ocak 2012 – 24 Mart 2012 dönemi için fazladan ödediği kira bedelinin kendisine iade edilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, temyiz mahkemesi ve devamında yüksek mahkeme, *Belize Telecom* davasına da atıf yapmak suretiyle ödenen fazla kiranın kiracıya geri iadesine karar vermiştir. 1870 Apportionment Act uyarınca peşinen ödenen ek kira bedelinin iadesi hukuken mümkün olmamakla birlikte, sözleşmenin amacı, makul bir kişinin sözleşmeden çıkaracağı anlam ve ticari sağduyu gözetildiğinde bu bedelin kiracıya iade edilmesine karar verilmiştir. Yani sözleşmenin kaleme alınışının kanunun ilgili maddesinin uygulanması açısından fiili bir imkansızlığa sebebiyet verdiği de göz önünde bulundurularak sözleşmeyle amaçlanan sonucun ortaya çıkması için çaba gösterilmiştir.⁴³

Benzer şekilde, *Rainy Sky SA v Kookmin Bank* arasında teminat bedelinin ödenmesine ilişkin uyuşmazlığın karara bağlanmasında da ticari sağduyu bir yorum aracı olarak kullanılmıştır. İlgili olayda, *Kookmin Bank*, *Rainy Sky SA*’ya tarafı olduğu gemi inşa sözleşmesi için teminat sağlamıştır. Teminat, geminin herhangi bir sebeple *Rainy Sky SA*’ya teslim edilememesi halinde sözleşmede öngörülen ilk taksitin banka tarafından ödenmesini konu almaktadır. Nitekim gemi müteahhidi iflas etmiş ve gemiyi teslim edememiş; dolayısıyla *Rainy Sky*’dan aldığı avans ödemesini de geri ödeyememiştir. *Kookmin Bank* da bu ödemeleri karşılamayacağını belirtmiştir. Çünkü *Rainy Sky SA* ile yapılan sözleşmeye göre, gemi müteahhidinin iflası halinde bankanın herhangi bir ödeme yapmayacağına dair açık bir hüküm öngörülmüştür. Ancak bununla birlikte, sözleşmenin bir diğer maddesinde müteahhidin temerrüdü halinde bunun teminat altında olduğu belirtilmiştir.

⁴³ Joanna McCunn, ‘Belize it or not: implied terms in Marks and Spencer v BNP Paribas’ (2016) 79(6) *Modern Law Review* 1090-1101.



Burada yüksek mahkeme, sözleşmede birbiriyle çelişkili iki ayrı maddeyi değerlendirdikten sonra, böyle bir teminatın verilmesinin en olası sebebinin (*the most likely reason*) zaten gemi müteahhidinin iflasından kaynaklı zararların telafi edilmesi olacağından ötürü bankanın teminatı ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. Çünkü aslında taraflar arasında yapılan sözleşmenin amacının tam da bu riski karşılamaya yönelik olduğu açıktır. Burada mahkeme, sözleşme hükümleriyle bağlı kalınmaması gerektiği ve ticari sağduyunun da gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak taraflar arasında herhangi bir ihtilafa yer bırakmayacak derecede açık olarak öngörülmüş (*unambiguous language*) bir hüküm varsa, bu hüküm ticari sağduyuya aykırı olsa dahi mahkemenin bunu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kabul ederek uygulaması gerekeceğini vurgulamıştır.⁴⁴

Daha yakın tarihli *Tidal Energy Ltd v Bank of Scotland* davasında mahkeme, sözleşmedeki "lehtara" ifadesini yorumlarken, CHAPS⁴⁵ ile yapılan ödemelerde bankanın devralanın adını kontrol etme yükümlülüğü olmadığını, sorumluluğun tamamen ödemeyi yapan tarafta olduğunu belirtmiştir. Bu sonuca varırken mahkeme öncelikle CHAPS işlemlerinde alıcı bankaların (*receiving banks*) lehtar adını kontrol etmedikleri yönünde yerleşik bir uygulama olduğunu tespit etmiştir. Buradan hareketle ticari sağduyu gereği bankanın kısa süre içerisinde transfer edilmesi istenen fonun gerçek alıcısına ulaşip ulaşmadığını kontrol etme yükümlülüğü bulunmadığı kanısına varılmıştır.⁴⁶ Sonuçta mahkemenin yalnızca sözleşmenin metnini veya amacını analiz etmekle yetinmeyerek ilgili pazara ilişkin arka plan bilgisini haiz olmasının yapacağı yorumda büyük bir fayda sağladığı görülmektedir.⁴⁷

Ticari sağduyu, sözleşme metinlerinin yapıldığı zamanın ruhuna uygun bir yaklaşımın benimsenmesini gerektirir. Öyle ki, ticari ilişki kurulurken öngörülemez fakat sonradan ortaya çıkabilecek yasal veya teknik belirsizliklerin giderilmesi için ticari sağduyuya başvurulabilir.⁴⁸ Örneğin, *Pink Floyd Music Ltd (PFM) ve EMI Kayıt şirketi* arasında imzalanan lisans sözleşmesinde, tarafların 'kayıtlar (*records*)' olarak belirtmiş olduğu fiziki kayıtların dijital kayıtları da kapsayıp kapsamadığına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmuştur.

⁴⁴ Ernest Lim, 'Commercial Purpose and Business Common Sense in Contractual Interpretation' (2012) 23(1) King's Law Journal 99-100.

⁴⁵ CHAPS (Clearing House Automated Payment System), Birleşik Krallık'ta yüksek değerli işlemler için kullanılan gerçek zamanlı (aynı gün içinde) bir ödeme sistemidir.

⁴⁶ *Tidal Energy Ltd v Bank of Scotland plc* [2015] 2 All E.R. 15, 59-62.

⁴⁷ *Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd* [1990] Q.B. 818, 870, C.A.; *Re Golden Key Ltd* (n 19) 28.

⁴⁸ *Antaios Cia Naviera SA v Salen Rederierna AB ("The Antaios")* [1985] A.C. 191, 201, H.L.; Also see, Andrews (n 20) 11; Richard Calnan, *Principles of Contractual Interpretation* (Oxford University Press 2013) 7.29; *Miramar Maritime Corp v Holborn Oil Trading Ltd* [1984] A.C. 676, 682, H.L.

Uyuşmazlığın çözümünde ticari sağduyudan yararlanan mahkeme aşığıdaki şekilde bir hüküm tesis etmiştir:

“Ticari sağduyu, PFM tarafından ileri sürülen iddiayı desteklemektedir. Kaydedilen albümlerin fiziki formlarının tartışmasız bir şekilde PFM tarafından kontrol edilmesine rağmen dijital kayıtların dağıtımı üzerinde hiçbir hak sahibi olmadığı iddiası bilhassa dijital ortamda albümü alan kişilerin bunu fiziki bir formda kalıcı olarak saklayabildiği de düşünüldüğünde mesnetsizdir. Her ne kadar kayıt sözleşmesi yapılırken dijital dağıtım ticari açıdan görece değersiz görülse de sözleşmenin yapıldığı dönemde tarafların fiziki ve dijital kayıt ayrımı yapmak için herhangi bir makul gerekçesi bulunmamaktadır... Bu durumu, hükmün amacının açık olduğu ancak dilinin muğlak olduğu bir durum olarak değerlendiriyorum. Bu koşullar altında, sözleşme belirlenmiş ilkelere göre, sözleşmeden umulan amacı yürürlüğe koyacak şekilde yorumlanmalıdır.”

Lord Neuberger, özetle, ‘kayıtlar’ ibaresinin aslında müzik, sözler ve ana bant (*master tape*) üzerindeki kayıtları ifade ettiğini ve bunun sözleşmenin hazırlanması aşamasında yaşanan görece küçük bir hata olduğunu belirterek bu uyuşmazlığın ticari sağduyu ile sözleşmenin bütün olarak incelenmesi halinde kolayca anlaşılabilirliğini belirtmiştir.⁴⁹

Çalışmanın bu bölümünde anılan dönemde sözleşmelerde kullanılan dilin doğal anlamının önemi vurgulanmakla birlikte bu ifadelerin ne denli açık olursa olsun ticari sağduyuya uygunluğu da gözetilmiştir.⁵⁰ Diğer bir ifade ile mahkemeler, sözleşmenin dilinde ticari mantığa mugayir bir hususu tespit ettiğinde bu durumu yorumunu destekleyici bir argüman olarak kullanmışlardır.⁵¹ Ancak bununla birlikte, bir sözleşmenin taraflardan birinin gereğinden fazla lehine görünmesi, bir sözleşmenin umulan anlamı dışında yorumlandığını iddia edebilmek için yeterli bir neden olarak görülmemiştir.⁵²

C. *Arnold v Britton* Kararı (2015-2017): Metinsel Üstünlük Sinyalleri

2015-2017 yılları her ne kadar müstesna örneklerle sınırlı kalsa da İngiliz hukukunda sözleşme diline yönelik vurguda muhafazakar görüşün yeniden vurgulandığı bir dönem olarak kabul edilmektedir. Bazı yazarlar tarafından “geleneksel yaklaşım” olarak adlandırılan bu ekol, bir sözleşmenin açık ifadelerinin ne suretle olursa olsun sözleşmenin bağlamı ve ticari sağduyudan üstün tutulması gerekliliğini savunmaktadır.⁵³

⁴⁹ *Pink Floyd Music Ltd v EMI Records Ltd* [2011] 1 W.L.R. 770.

⁵⁰ *Rainy Sky SA* (n 1) 23; *Arnold v Britton* (n 8) 17.

⁵¹ *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* (n 23) 25.

⁵² *ibid*, 20.

⁵³ *Marsich* (n 23) 542-543.



Arnold v Britton davasında yüksek mahkemenin sözleşme metninin doğal ve olağan anlamını ön plana alması mahkemelerin tekrar sözleşme metinleri ile bağlı kalacakları konusunda bir yaklaşımın benimsendiği yönünde yorumlanmıştır.⁵⁴ Hala birçok kararda anılan *Arnold v Britton* davası, bir kira sözleşmesine dayanmaktadır. *Britton* ve diğer kiracılar 1974 yılında *Arnold*'dan Galler'in güneyinde bir karavan parkının içinde sayfiye evleri kiralamışlar ve kira sözleşmesinde ücretin her sene %10 artırılacağını kabul etmişlerdir. Kira sözleşmesinin yapıldığı yıl Birleşik Krallık'taki enflasyon oranı %16 iken bu oran zaman içerisinde ciddi bir şekilde azalmıştır. Enflasyon oranının üzerinde kalan artışlar dolayısıyla kira bedelleri yüksek rakamlara ulaştınca, *Britton* her sene yapılan %10'luk kira bedeli artışının sözleşmedeki iradeyi yansıtmadığını ve ticari sağduyuya uygun düşmediğini belirtmiştir. Yüksek mahkeme ise sözleşme dilinin çok açık olması sebebiyle (her ne kadar kiracının aleyhine bir durum oluşmuş olsa da) kiracının talebini reddetmiştir. Çünkü ticari sağduyu anlayışı sözleşmenin sarih ifadelerini bertaraf edecek şekilde uygulanamayacaktır. Burada verilen çok önemli bir mesaj söz konusudur. Yorumun amacı, mahkemenin tarafların ne üzerinde anlaşmaya varması gerektiğini düşündüğünü değil, tarafların ne üzerinde anlaşmalarını belirlemektir.⁵⁵ Ticari sağduyu ancak ve ancak mahkemenin alternatif bir anlama karşı karşıya kaldığı durumlarda yorum için yol gösterici bir pusula olabilir.⁵⁶

Lord Neuberger tarafından verilen bu kararın en önemli kısımlarından birisi objektif bir yorum yaparken izlenmesi gereken ilkeleri ve hangi araçların hangi sıra ile uygulanması gerektiğini ifade ettiği bölümdür. İlgili ifade aşağıdaki gibidir:

"Mahkeme, yazılı bir sözleşmeyi yorumlarken tarafların kullanabileceği tüm arka plan bilgilerine sahip makul bir kişinin sözleşme maddelerini nasıl yorumlayacağı ile ilgilenir... Bunu da kelimelerin ticari uygulamalar veya teknik terimler bakımından karşılıklarına odaklanarak gerçekleştirir. Bu anlama tarafların niyetlerine ilişkin subjektif kanıtlar göz ardı edilerek (i) maddenin doğal ve olağan anlamı (natural and ordinary meaning); (ii) sözleşmenin diğer hükümleri; (iii) ilgili madde ve sözleşmenin amacı; (iv) belgenin düzenlendiği sırada taraflarca bilinen veya varsayılan gerçekler ile (v) ticari sağduyu dikkate alınarak ulaşırlı." ⁵⁷

Her ne kadar mahkemenin takınacağı tutum açısından bir yol ayrımı olarak tanımlansa da kanımızca içtihat hukukunda verilen önceki kararlardan bir sapma söz

⁵⁴ Joywin Mathew, 'Are we exceedingly reliant on common sense?' (2015) 11 Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 704B.

⁵⁵ *Arnold v Britton* (n 8) 20.

⁵⁶ Andrews (n 20) 37-38.

⁵⁷ *Arnold v Britton* (n 8) 15.

konusu değildir. Hatta ve hatta bu kararı mahkemenin ticari sözleşmelerin yorumlanmasına yönelik ortaya koyduğu metodolojisinde ticari sağduyunun (beşinci ve son sırada anılmış olmasına rağmen) konumlandırılmış olması açısından oldukça olumlu olarak değerlendirmek dahi mümkündür.

D. *Wood v Capita Insurance Services Ltd* (2017-): Bütüncül Yorum Dönemi

Arnold v Britton davasından çok kısa bir süre sonra sözleşme hükümlerinin gayet açık ve anlaşılır olması halinde dahi ticari sağduyunun gözetilmesi ihtiyacı yeniden hasıl olmuştur.⁵⁸ Bu bağlamda, sözleşme yorum araçlarının belirli bir sırayla uygulanması yerine tüm araçların bir sıra gözetilmeksizin bütüncül bir şekilde kullanılması kabul görmeye başlamıştır. Yani sözleşmenin yorumlanmasında metin, bağlam, arka plan ve ticari sağduyu aslında birbirinden daha az önemli olmayıp aynı amaca hizmet etmektedirler anlayışı günümüz modern yaklaşımı olarak kabul edilmektedir.

Wood v Capita Insurance Services Ltd davasında klasik arabalar için kasko yapan *Capita*, işlerini genişletmek için *Wood*'dan Short-term Direct Ltd şirketini satın almıştır.⁵⁹ Ardından geriye dönük yapmış olduğu denetim sonucunda *Wood* tarafından sigortalanan müşterilerinin yanlış bilgilendirildiğini fark etmiş ve mağduriyet yaşayan müşterilere tazminat ödemesi yapmıştır. Kendi hatasından kaynaklanmayan bir durum için ödeme yapmaktan memnun olmayan *Capita*, zararın *Wood* tarafından karşılanmasını istemiş fakat *Wood* şirket satış sözleşmesi uyarınca bir sorumluluğu olmadığını belirtmiştir. Çünkü sözleşmenin ilgili (7.11) maddesinde, “*şirket aleyhine bir dava veya şikayet olması halinde satıcının tazminat sorumluluğunun doğacağı*” kabul edilmiştir. Ancak somut olayda zararın bir dava ya da şikayetten değil, iç denetimden kaynaklandığı ve bu nedenle sözleşmenin tazminat maddesi dahilinde yorumlanamayacağı iddia edilmiştir.

İlk derece mahkemesi bağlamsal bir yorumla, ‘herhangi bir dava ya da şikayet olmamasına rağmen’ *Wood* tarafından ilgili bedelin ödemesi gerektiğine karar vermiş fakat temyiz mahkemesi bu kararı yerinde bulmayarak sözleşme metninin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Nihai olarak yüksek mahkeme, “*sözleşmenin objektif anlamını özümsemenin mahkemenin bir ödevi olduğunu*” belirterek *Rainy Sky* vb. kararlara yaptığı atıflarla sözleşmenin yorumunda ticari sağduyunun esas alınmasının gerekli olduğu yönünde bir karara varmıştır. Yani bir sözleşme şartına atfedilebilecek birden fazla anlamın bulunması halinde mahkemenin, sözleşmenin ticari amacına ve ticari sağduyuya en uygun olan anlamını tercih edebileceği yaklaşım bir kez daha yinelenmiştir.

Daha yakın tarihli Nord Naphtha Ltd (NN) v New Stream Trading (NST) ka-

⁵⁸ Andrews (n 20) 15.

⁵⁹ *Wood v Capita Insurance Services Ltd* (n 10) 24.



rarında NN, NST⁷den 30.000 ton ultra düşük kükürtlü dizel yakıt sipariş etmiş ve karşılığında 16 milyon dolar avans vermiştir. Ancak aracı petrol rafinerisinin çökmesi sonucunda NST borcunu ifa edememiş ve yakıtı teslim edememiştir. NST sözleşmede avansın hangi hallerde geri verileceğinin belirtilmemesi sebebiyle mücbir sebep hükümlerini dayanak göstererek ilgili avansı rafineye ödediği için iade etmesinin mümkün olmadığını ve bu avansın ancak rafineden geri alınabileceğini ileri sürmüştür.⁶⁰

Mahkeme taraflar arasındaki sözleşmeyi tahlil ederken 'avansın hangi hallerde geri verileceğine ilişkin bir şart içermemesinin son derece olağandışı olduğu' varsayımından hareketle NST⁷nin sorumluluğunun ortadan kalkmadığına karar vermiştir. NST tarafından yapılan temyiz başvurusunda mahkemenin sözleşmede kaleme alınan kelimelerin gerçek anlamının yorumlanmasıyla başlaması gerekirken bağlamsal bir yorumlama yaptığını belirtmiştir. Temyiz hâkimi Lord Whipple, *Wood v Capita* davasında da ortaya konulduğu üzere, sözleşmenin yorumlanmasının tek bir süreç olduğu ve bu sürecin bir sıraya dayanmadığı görüşünü şu şekilde teyit etmiştir.

*"Sözleşmedeki metnin incelendiği, olgusal arka planın göz önünde bulundurulduğu ve rakip yorumlar dikkate alındığı sürece, bu sürecin sırası önemli değildir...Bağlam her zaman önemlidir. Ancak, mahkeme mümkün olduğunca sayfadaki kelimelerin hayati önemini korumaya çalışacaktır ve bu nedenle bağlama ne kadar ağırlık verileceği koşullara bağlı olacaktır. Birbiriyle yarışan birden fazla yorum varsa, mahkeme hangisinin ticari sağduyu ile daha tutarlı olduğunu da değerlendirebilir."*⁶¹

Sonuç olarak temyiz mahkemesi NST⁷nin aldığı avansı geri ödememesinin "ticari sağduyuya aykırı" olacağına karar vererek avansın geri verilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir.⁶²

Ticari sağduyuya ilişkin çerçevenin oluşumuna ilişkin diğer bir önemli dava *Swansea Stadium Management Company Ltd v. City & County of Swansea and Interserve Construction Ltd (Interserve)* davasıdır.⁶³ Somut olayda *Swansea City Council (SCC)*, Liberty Futbol Stadyumunun tasarımı ve inşası için *Interserve* ile bir sözleşme imzalamıştır. Sözleşmenin ilgili (16.1) maddesi uyarınca, 31 Mart 2005 tarihi itibarıyla projenin fiilen tamamlandığına (*practical completion*) dair

⁶⁰ *Nord Naphtha Limited v New Stream Trading AG* [2021] EWCA Civ 1829 [2022] Lloyd's Rep Plus 18.

⁶¹ *ibid.*

⁶² *Nord Naphtha Limited v New Stream Trading AG* (n 60); Johanna Hjalmarsson, *Maritime law in 2021: a review of developments in case law* (Informa 2022) 15-16.

⁶³ *Swansea Stadium Management Company Ltd v. City & County of Swansea and Interserve Construction Ltd* [2018] EWHC 2192.

bildirimde bulunulmuş fakat aynı zamanda halen tamamlanması gereken işler ve düzeltilmesi gereken kusurlar olduğu bildirilmiştir. En nihayetinde sözleşme kapsamındaki diğer kusurların giderilmesi Mayıs 2011’de tamamlanmıştır.

Fiili tamamlama bildiriminin ardından SŞK, Nisan 2005 tarihinde *Swensea Stadium Management Company Ltd (SSMC)* ile 50 yıllık bir kira sözleşmesi yaparak stadyum işletmesini devretmiştir. Bunun üzerine, *Interserve*, *SSMC* ile tarihsiz bir teminat sözleşmesi imzalamıştır. Nisan 2017 tarihinde *SSMC*, stadyum boyasının delaminasyonu ve buna bağlı olarak açıkta kalan çeliğin korozyonu dolayısıyla *SCC* ve *Interserve* arasında yapılan inşaat sözleşmesine istinaden tazminat talebinde bulunmuştur. *Interserve*, verdiği teminatın 1980 Limitation Act uyarınca 31 Mart 2005’e kadar geriye dönük etkili olduğunu ve *SSMC*’nin taleplerini ortaya çıkan dava sebebinden itibaren 12 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürmesi gerektiğini; ilgili süre sona erdiğinden verilen teminatın zamanaşımına uğradığını belirtmiştir. Nihayetinde, Teknoloji ve İnşaat Mahkemesi (*Technology and Construction Court*) tarafından zamanaşımı defii kabul edilerek dava reddedilmiştir. Kararın ticari sağduyuya dair verilen önemli bir pasajı aşağıdaki gibidir:

“Sözleşmenin birinci maddesinde *SSMC*’nin sorumluluğu ortak işveren olarak adlandırılmak suretiyle açıkça sınırlandırmaktadır. Bu, tarafların birbirleri karşısında aynı konumda olmasını amaçladıklarının en açık göstergesidir. Bu hükmün hizmet ettiği ticari amaç, zaman aşımı süresi de dahil olmak üzere eserle ilgili her türlü sorumluluğun kapsamı konusunda taraflara netlik ve kesinlik kazandırmaktadır.”

Benzer bir karar İskoç mahkemesi tarafından *British Overseas Bank Nominees Ltd (BOBN) v Stewart Milne Group Ltd (SMG)* davasında da verilmiştir. 2008 yılında, bir otopark tasarlanması ve inşası için *SMG* ile sözleşme imzalanmıştır. İlgili sözleşme uyarınca *SMG*, projenin makul beceri, özen ve dikkatle tasarlanması ve inşa edilmesi hususlarında projenin daha sonra bir alıcı veya kiracı olarak projede pay sahibi olabilecek kişilere yönelik ek teminat (*collateral warranty*) vermiş ve sonrasında projeyi Haziran 2013’te *BOBN*’e satmıştır. Satış sözleşmesinin ilgili (3.1 ve 3.2) maddelerinde bankanın inşaat sözleşmesinden kaynaklanacak sorumluluğunun *SMG*’den daha fazla olmadığı (*no greater liability*) ve *SMG*’nin ileri sürebileceği savunma haklarının *BOBN* tarafından da ileri sürülebileceği (*equivalent rights of defence*) belirtilmiştir. Daha sonra *BOBN*, otoparkta *SMG*’nin kusurlu tasarımının bir sonucu olarak drenaj sorunları yaşandığını ve bunun ciddi su baskınlarına neden olduğunu iddia ederek Haziran 2018’de *SMG*’ye tazminat davası açmıştır. *SMG*’nin zamanaşımı defini ileri sürmesi sonucunda mahkemenin burada önemli bir karar vermesi gerekmiştir. Buna göre, anlaşmazlık konusu olan ek teminat hususunda a) yüklenicinin bankaya karşı yükümlülüklerinin devir sözleşmesi ile mi yoksa b) garantinin verildiği tarihten itibaren mi zamanaşımına tabi olduğu hususunda



mahkeme öncelikle teminatın verilmesindeki amacı incelemiştir. Teminat, zarara uğrayan üçüncü bir tarafın (örneğin bir alıcı veya kiracıya) zararını gidermek için dava hakkı veren bir mekanizma olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla, teminat garantisıyla verilen hakların, asıl işverenin sözleşme kapsamında sahip olduğu haklara eşdeğer olması gerekir. Teminat, alıcıya bundan daha fazla hak vermemelidir. Bu nedenle teminat garantisi, ilk işveren ile akdedilen inşaat sözleşmesine uygulanan zaman sınırına tabi olmalıdır. Buna göre, teminatın etkisi, bankanın talepte bulunmayı seçmesi halinde işverene uygulanacak olan aynı zamanaşımı süresini uygulamayı gerektirir. Bu anlamı belirlemek için mahkemeler garantinin altında yatan ticari amacı göz önünde bulundurmuştur. Bu durumda amaç, alıcının yükleniciye karşı geliştiricinin haklarına eşdeğer haklar sağlamak olarak yorumlanmış ve bunun muvacehesinde, zamanaşımı süresinin Mayıs 2013'te başladığı ve *BOBN* tarafından ileri sürülen talebinin zaman aşımına uğradığı yönünde hüküm kurulmuştur. Görüldüğü üzere, tezat anlamlar çıkarılabilecek sözleşme hükmünün ticari sağduyu ile değerlendirilerek sonuca varılmıştır.

Ticari sağduyunun zaferi olarak lanse edilebilecek *Sutton Housing Partnership v Rydon Maintenance Ltd* kararının incelenmesi de oldukça önemlidir. Mayıs 2013'te *Sutton, Rydon* ile konutlarının bakımı ve tamirati için 5 yıllık bir anlaşma yapmıştır. Yapılan anlaşmaya göre, belirlenen süre zarfında öngörülen işler için azami icra seviyesine (*minimum acceptable performance*, "MAP") ulaşamaması halinde *Sutton* için sözleşmeyi fesih hakkı doğacaktır; buna karşılık *Rydon* azami icra seviyesinin üzerinde bir çaba göstermesi halinde ekstra ücrete hak kazanacaktır. Sözleşmede yer almayan icraatlar için MAP oranında ana performans göstergesindeki (*key performance indicator*, "KPI") oranlara atıf yapılmıştır.

Sözleşme devam ederken *Sutton, Rydon*'un hizmetinden memnun kalmamış ve bunu KPI'de belirtilen belirli işlemlerde MAP oranı altında kalınması ile gerekçelendirerek Aralık 2014'te sözleşmeyi feshetmiştir. *Rydon*, sözleşmenin bakım ve tamirat işlemlerinden sadece üç tanesi için MAP oranının belirtildiğini, diğer hallerin açıkça sayılmadığını ve bu nedenle sözleşmenin feshinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. *Sutton* ise sözleşmede anılan üç örnek halde de MAP oranlarının KPI oranlarından %3 düşük olarak belirlendiğini ve buradan yola çıkarak KPI'de öngörülen diğer haller için de bu oranın uygulanabilir olduğunu ileri sürmektedir. Burada sözleşmede açık olarak belirlenmeyen durumlarda hangi oranın (MAP'te öngörülme haller için KPI'de yazan oranların mı yoksa MAP'te belirtilen diğer örneklerde olduğu gibi KPI oranlarının %3 eksiğinin mi) esas alınacağı belirtilmediği için ticari sağduyunun yoruma dahil edilmesi gerekmiştir.

Ticari sağduyu çerçevesinde uyuşmazlık incelendiğinde MAP oranlarının ayrı ayrı belirtilmemesi sebebiyle *Sutton*, sözleşmeyi fesih hakkının ortadan kalkmasını istemeyeceği gibi, *Rydon* da yapmış olduğu ek işler için hak kazanacağı ek ücretlerden mahrum kalmak istemeyeceği karara gerekçe teşkil etmiştir.

Burada aksi yönde bir karar da verilebilirdi. Örneğin, *Balfour Beatty Regional Construction Ltd v Grove Developments Ltd* kararında *Balfour*, projeyi süresinden önce tamamlamasına rağmen herhangi bir geçici ödemeye hak kazanamamıştır. Mahkeme bu durumun kötü bir pazarlık sonucu yapılan sözleşmeden kaynaklandığı ve sözleşme metninin motamot uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yukarıda da izah edildiği üzere mahkemelerin, kötü bir pazarlık neticesinde üzerinde mutabık kalınan ifadelerin menfi sonuçlarını ortadan kaldırmak gibi bir vazifesi yoktur.⁶⁴ *Sutton v Rydon* arasındaki sözleşmenin kötü bir pazarlık sonucu yapılan bir sözleşme gibi yorumlanmamasının sebebi, her iki tarafın da makul olarak vazgeçmek istemeyeceği bir menfaatinin olmasıdır. Mahkemenin sözleşmeyi yorumlarken ortaya koyduğu muhakemenin temelinde de bu yatmaktadır. Belirlenen bütün *MAP* oranları *KPI* de öngörülen oranlardan %3 daha düşük olduğundan, *KPI* de öngörülen diğer oranların da %3 eksik hesaplanması ile tarafların ulaşmak istedikleri amacın sağlanmış olacağı düşünülerek sözleşme yorumlanmıştır.

Tarafların iddialarının değerlendirilerek ortak çıkarların ticari sağduyu yardımıyla tespit edilebilmesi çok yakın tarihli bir dava olan *Sara & Hossein Asset Holdings Ltd v Blacks* davasında bir kez daha gündeme gelmiştir. Whitechapel ve Liverpool’daki ticari binaları kiralayan *Sara & Hossein* önceki yıllara kıyasla epey yüksek bir hizmet bedeli talep etmiştir. *Blacks* (kiracı), bu artışın fahiş olduğunu ve hizmet bedelinde belirtilen kalemlerin gereksiz masraflar içerdiğini belirterek itiraz etmiştir.⁶⁵ Yapılan ticari kira sözleşmesindeki ilgili hüküm “*hizmet bedeli, hizmetlerin ayrı ayrı fiyatlarıyla birlikte belirtildiği belgede açık veya matematiksel hata ya da hile bulunmaması halinde kiracı tarafından ödenecektir*” şeklindedir.

Bu hükmü taraflar farklı şekillerde yorumlamışlardır: (i) *Sara & Hossein*, belgenin açık bir biçimde düzenlendiğini, matematiksel bir hata içermediğini, hizmet bedeli altında talep ettiği hususların sağlam ticari gerekçeleri olduğunu ve mülkün kullanılabilmesi için bu önemli maliyetlerin yansıtılması gerektiğini; (ii) *Blacks* ise belgenin ticari mülk sahibinin masrafları konusunda kesin olduğunu ancak kiracının gerçek sorumluluğu konusunda kesin olmadığını savunmuştur. Aksini iddia etmek, ev sahibinin “*kendi davasında hâkim*” olduğu anlamına gelecektir. Hizmet bedeli hesaplaması bir dizi tespit içerir (onarımların “*adil ve uygun*” olup olmadığı gibi) ve ev sahibi bu konuları salt kendi çıkarlarına göre belirlememelidir. Son olarak, belgenin kesin niteliği, kiracının makbuzları, faturaları ve diğer kanıtları inceleme hakkı ile tutarsızlık göstermektedir.

Yüksek Mahkeme her iki yorumu da tatmin edici bulmamış ve bağlamsal bir yorum ile üçüncü bir yol sunmuştur. Bu davada yüksek mahkeme, belgelendirme sü-

⁶⁴ *Balfour Beatty Regional Construction Ltd v Grove Developments Ltd* [2016] EWHC 168.

⁶⁵ *Sara & Hossein v Blacks* (n 10).



recinin "şimdi öde, sonra tartış" rejimini getirdiği sonucuna varmıştır. Kiracı, tasdik edilen tutarları şimdi ödemek zorundadır (açık hata veya hileye olmadığı sürece) ancak daha sonra yaptığı ödeme için itiraz hakkının saklı olduğunu belirtmiştir.

Bu yaklaşım hakkaniyetli gözükmeyle birlikte tartışmaya açıktır. Gerçekten de mahkemelerin sözleşme dışına çıkarak kendi çözümlerini icat etme konusunda temkinli olması gerekir. Yargısal yaratıcı rolüne bürünerek başta sözleşme özgürlüğünü ve bu özgürlüğe dayalı sözleşme sonuçlarından beklenen kesinliğin zedelenmemesi için gayret gösterilmelidir. Bu eleştiriyi daha da ileri boyuta taşıyarak mahkemelerin tarafların pazarlığını onarmak yerine, mevcut yapılar arasında bir seçim yapması gibi bir zorunluluğun getirilmesini tartışmak da mümkündür.

III. TİCARİ SAĞDUYU UYGULAMASINA ELEŞTİRİLER

Bilhassa son yarım asra yayılan içtihatların incelendiği bu çalışmada, mahkemelerin sözleşmenin gerçek anlamını ortaya koymak amacıyla ticari sağduyuyu birkaç istisna dışında neredeyse tüm ticari sözleşmelerin yorumlarında nazara aldığı gözlemlenmiştir. Gerçekten de mahkemeler muhakeme süreçlerinde *a priori* olarak maddi hukuk kurallarına dayanan adalet (*substantive fairness*) ve akla yakınlık (*reasonableness*) arayışındadır. Ancak belirli bir anda, sınırlı bir bilgi ile duygusal beklentilerden uzak verilen ticari kararlar için alındıkları anda makul olup olmadıkları yönünde bir çıkarım yapmak pek de kolay değildir. İchtihat hukukunun önemli bir yer tuttuğu İngiliz hukukunda hâkimlerin, en azından bir dereceye kadar, dünya hakkındaki kişisel görüşlerine ve tercihlerine dayanarak karar verme eğiliminde oldukları bir gerçektir. Hakeza doğaldır ki, en disiplinli ve entelektüel açıdan en gelişmiş insan zihinleri dahi zamanın ruhundan (*zeitgeist*), politik faktörlerden ya da başka sebeplerden dolayı kolaylıkla yanılığa düşebilir. Diğer bir ifade ile, verilen kararlar her zaman "arabayı atın önüne koymak" (*cart before the horse*) riskini ihtiva etmektedir.⁶⁶

Faydacı topluluklar (*utilitarian organisation*) olarak bilinen ve dolayısıyla sonuç odaklı (*consequentialist*) bir karar alma mekanizması olan ticari işletmelerin sözleşme ilişkilerinde faydalarını maksimize etmek istedikleri genel kabulü üzerinden değerlendirmeler yapılması da sakıncalıdır. Çünkü toplumun geneli için ortak, zamansız ve *de facto* bir sağduyu anlayışından bahsedilemeyeceği gibi⁶⁷ ticari hayatın da mutlak doğruları yoktur. Daha fazla risk almak isteyen tacir, ticari sağduyudan uzaklaşarak sözleşme yapmış olabilir. Bunun da mahkeme tarafından değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Taraflar bazen ilk bakışta ticari açıdan bir getirisi olmayan ancak aslında kendince mantıklı bulunduğu se-

⁶⁶ Shawn Bayern, 'The Nature and Timing of Contract Formation': Larry DiMatteo ve Martin Hogg (eds), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives* (Oxford University Press 2015) 77-89.

⁶⁷ Nicholas Amhurst, *Terræ-filius: or, the secret history of the University of Oxford: In Several Essays* (Hart-Hall 2010).

beplerle bir sözleşme akdetmiş olabilirler. Örneğin, taraf yeni bir pazara girmek için yatırım yapmış olabilir, finansal durumu nedeniyle sözleşmede dezavantajlı konumda bulunmayı farklı (hatır vb.) bir sebeple kabul etmiş olabilir veyahut ilgili sözleşme hükmü sadece bir hata sonucunda gözden kaçırılmış da olabilir. Ezcümle, ticari sözleşmelerin tüm taraflar açısından adil ve hakkaniyetli olması için dolayısıyla ticari sağduyu ile yapılmasına ilişkin hiçbir sebep yoktur.⁶⁸

*BMA v African Minerals*⁶⁹ ve *S&T (UK) Ltd v Grove Developments Ltd*⁷⁰ kararlarında görülebileceği üzere ticari sözleşmeler yorumlanırken ticari sağduyunun ağır basan bir sözleşme inşa kriteri haline getirilmemesi ve hâkimin tarafların açmazlarına mantıklı çözümün ne olduğuna dair kendi fikirlerini dayatmaması gerektiği özellikle belirtilmiştir. Yani bu istisnai yorum aracının baskın bir yaklaşım haline getirilmesinden duyulan endişe dile getirilmiştir. Lord Neuberger burada sırf ticari sağduyu kavramı ile çelişebileceği için sözleşmedeki hükmün doğal anlamından ayrılmamaya ilişkin şu şekilde bir uyarıda bulunmuştur: “*Hâkimler, ticari anlamda deneyimli olanlar haricinde, her zaman ticari düşünceye sahip kişiler olmayabilirler. Dolayısıyla, ticari açıdan makul olanı tespit etmek konusunda hakem rolünü kendilerine aşırı güvenli bir şekilde yüklemekten kaçınmaları gerekir.*”⁷¹ Yani mahkemelerin de doğru yaklaşım konusunda rehberliğe ihtiyacı olacaktır. Bu da ancak bilirkişi marifetiyle yapılabilir.⁷² Çünkü ticari sağduyu, hâkimin belgenin ilgili pazarda veya ticari bağlamda konumlanan iş adamları tarafından nasıl değerlendirileceğini bilmesini gerektirir.⁷³ Ancak bu da yargı yetkisinin büyük ölçüde üçüncü kişilere devri anlamına gelecek olup bir başka sakınca içermektedir. Bununla birlikte Lord Neuberger, hâkimlerin temel düzeyde mikroekonomi bilgisine sahip olmaksızın ticari sağduyuyu uygulayamayacağını da belirtmiştir. Her halükarda, mahkemelerin literalizm ve ticari sağduyuyu dengelemesi çabası⁷⁴ kanımızca nesnel bir yorum metodolojisini benimseyen bir hukuk sisteminin ticari sağduyu gibi objektif sınırları olmayan bir araç üzerinden yorum çabası gerçekten de sistemi çıkmaza sürüklemektedir.

⁶⁸ Moore (n 25) 7; Ayrıca bkz. Marc Moore, ‘Private Ordering and Public Policy: The Paradoxical Foundations of Corporate Contractarianism’ (2014) 34 Oxford Journal of Legal Studies 710-14; Marc Moore, *Corporate Governance in the Shadow of the State* (Hart 2013) Chapter 7, Part IV; David Charny, ‘Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation’ (1991) 89 Michigan Law Review 1815; Patrick Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Clarendon 1979) 51.

⁶⁹ *BMA Special Opportunity Hub Fund Ltd & Ors v African Minerals Finance Ltd* [2013] EWCA Civ 416.

⁷⁰ *S&T (UK) Ltd v Grove Developments Ltd* [2018] EWCA Civ 2448.

⁷¹ *Skanska Rasleigh Weatherfoil Ltd v Somerfield Stores Ltd* [2007] C.I.L.L. 2449, 22.

⁷² *Ardmair Bay Holdings Limited v James Douglas Craig* [2019] CSOH 58; *BMA v African Minerals* (n 69); *Skanska Rashleigh Weatherfoil Ltd v Somerfield Ltd* (n 71).

⁷³ *Andrews* (n 20) 6; *Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd* [2004] 1 A.C. 715, 10.

⁷⁴ Moore (n 25) 2.



IV. SÖZLEŞMENİN YORUMUNA İLİŞKİN TİCARİ SAĞDUYUYA BENZER MUHTELİF HUSUSLAR

A. Ticari sözleşmeler açısından *contra proferentem* ilkesi uygulama alanı bulabilir mi?

Bir sözleşmenin hükümlerinin yeterince açık olmaması nedeniyle birden fazla anlama gelmesi durumunda sözleşmeyi hazırlayan tarafın aleyhine olan yorumun uygulanacağına ilişkin temel ilke olan "*contra profentum (in dubio contra stipulatorem)*"⁷⁵ İngiliz hukukunda ticari sözleşmeler için tam anlamıyla uygulanmamaktadır. Mahkemeler ticari bir sözleşmenin yorumunda, tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olduğundan yola çıkarak sözleşmenin müzakereler sonucunda nihai halinin sözleşme taraflarının kendi çıkarlarını maksimize ettikleri kabulüne dayanır. Dolayısıyla mahkeme, tarafların müzakerelerinin makul iş adamları tarafından yapıldığı ve bu müdahalenin sözleşme özgürlüğüne aykırı olacağı gerekçesiyle müdahaleden kaçınır.⁷⁶

Ticari sözleşmeler düzenlenirken tarafların sözleşmeyi belirsizlik içermeyecek şekilde berrak hazırlamaları beklenir.⁷⁷ Ancak sayısız ihtimalin ortaya çıkabileceği ticari hayatta bu denli kazuistik bir sözleşme yapmak oldukça zordur. Dolayısıyla üzerinde anlaşmaya varılan hükümlerin somut olaylar için yorumlanması oldukça önemlidir. Bu yorum yapılırken sözleşmeyi düzenleyen aleyhine bir yaklaşım belirlemek ticari açıdan oldukça sağlıksız sonuçlar doğuracak ve taraflar böyle bir riski almak istemeyeceklerdir. Dolayısıyla, sözleşme metnine birden fazla anlam yüklenebiliyorsa bunlardan ticari sağduyuyla en çok örtüşen yorumun dikkate alınması gerekecektir. Ticari sağduyuyu temsil eden en dikkat çekici dava olan *Rainy Sky v Kookmin Bank* davasında mahkeme, makul bir kişinin ne karar vereceğini dikkate almıştır.⁷⁸ Bunu yaparken tarafların sözleşmenin inşasındaki niyetlerinin ne olduğunu sorgulamıştır. Mahkeme, iki olası yorum olduğunda, ticari sağduyu ile daha tutarlı olan yorumun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla *contra proferentem* ilkesi yerini ticari sağduyuya bırakmıştır.⁷⁹

⁷⁵ Joanna McCunn, 'The Contra Proferentem Rule: Contract Law's Great Survivor' (2019) 39(3) Oxford Journal of Legal Studies 483-506.

⁷⁶ *Transocean Drilling UK Limited v Providence Resources PLC* [2016] EWCA Civ 372.

⁷⁷ Lee Mason, 'The Role of 'Business Common Sense' in the Construction of Commercial Contracts' (2012) 33(2) Business Law Review 32-33.

⁷⁸ *Rainy Sky S.A.* (n 1).

⁷⁹ *ibid*; *Photo Production Ltd V Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827; *Granville Oil & Chemicals Ltd v Davies Turner & Co Ltd* [2003] EWCA Civ 570; *Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd* [2008] EWCA Civ 36.

B. Önceki sözleşmeler mahkemenin yorumuna esas alınabilir mi?

1. Sözleşme Öncesi Müzakerelerin Yorumuna Esas Alınması

1971 yılında Lord Wilberforce tarafından verilen *Prenn v Simmonds* kararında “*ticari işlemi çevreleyen bir amaç vardır... ve eğer sözleşmenin yorumu bu amacın gerçekleşmesini engellemekte ise alternatif bir yorum için güçlü bir argüman ortaya çıkmış demektir*” ifadesine yer verilerek ticari sağduyu anlayışının temelleri sağlamlaştırılmıştır. Somut davada *Simmonds* şirket hisse değerlerinin belirli bir kar düzeyine ulaşması halinde *Prenn*’e hisselerinin yüzde dördünü devredeceğini taahhüt etmiştir. Belirlenen vade sonunda şirket belirtilen kar düzeyine ulaşamamış fakat iştirakleri ile birlikte değerlendirilecek olursa toplamda bu kar düzeyine ulaşmıştır. *Prenn*, sözleşme hükümleri gereğince “kar” tanımına atıf yaparak karın konsolide kar olduğunu belirtmiş; *Simmonds* ise “kar” tanımının yalnızca paylarını devredeceği şirketin karı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme somut olay için sözleşme hükümlerini değerlendirilirken sözleşme öncesi müzakere aşamasının bir delil niteliği taşıyıp taşımayacağı üzerinde durmuş ve sözleşme öncesi müzakerelerin sözleşmenin yorumunda dikkate alınmaması yönünde hüküm kurmuştur. Çünkü sözleşme öncesinde hangi konular pazarlık konusu edilmiş olursa olsun sözleşme imzalanması anında bu hususlardan vazgeçilmiş olunabilir.⁸⁰

2. Sözleşme Öncesindeki Anlaşmaların Yorumuna Esas Alınması

Sözleşme öncesinde yapılan müzakerelerin aksine, taraflar arasında akdedilen önceki sözleşmeler mahkemenin değerlendirmesine esas alınabilir.⁸¹ Meşhur *Hartog v Collin Shields* davasında tavşan derisi satıcısı olan *Hartog*, sözleşmedeki fiyatın müzakerelerdeki fiyatın çok altında kalması (deri başına anlaşılan fiyat yerine ons başına fiyat şeklinde sözleşmeye yazıldığı için 5/16’sı oranında bir fiyat farkı ortaya çıkmıştır*) sebebiyle sözleşme ile bağlı olmayacağı iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, tarafların arasındaki önceki sözleşmeleri inceleyen makul bir kişinin sözleşmedeki fiyatın bir hata sonucunda ortaya çıktığını anlayabileceğinden hareketle satıcının sözleşmeyi tatbik etmemesini haklı bulmuştur.⁸²

Mahkeme çok yakın tarihli *O’Grady v B15 Group Limited* davasında da bariz bir hataya dayanan tekliflerin geri alınabilir olduğunu hükme bağlanmıştır.⁸³ Somut olayda davacı, bir trafik kazasında hayatını kaybeden kocası için Ölümcül Kazalar Yasası (*Fatal Accidents Act 1976*) kapsamında tazminat talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine 20 Nisan 2020 tarihinde, davalının avukatları sorum-

⁸⁰ *Prenn v Simmonds* [1971] 1 WLR 1381, 1383-84.

⁸¹ *HIH Casualty & General Insurance Ltd v New Hampshire Co.* [2001] EWCA Civ 735, 83.

⁸² *Hartog v Collin Shields* [1939] 3 All ER 566.

⁸³ *O’Grady v B15 Group Limited* [2022] EWHC 67 (QB), 25.



luluğun %60-%40 oranında davacı lehine paylaştırıldığı bir teklif sunmuştur. Bu aşamada, davalı sorumlulukla ilgili herhangi bir resmi kabulde bulunmamıştır. Bu teklif ne kabul edilmiş ne de geri çekilmiştir. 10 Şubat 2021 tarihinde, davalı asli sorumluluğu resmen kabul etmiş ancak müterafik kusurun devam eden bir mesele olduğunu açıkça belirtmiştir. 23 Şubat 2021’de davacının avukatı karşı teklifini aşağıda belirtilen şekilde sunmuştur:

“Davacı, sorumluluk meselesini %80-20 esasına göre çözmeyi teklif etmektedir. Şüpheye mahal vermemek adına, davalının bu teklifi kabul etmesi halinde tazminat miktarının yalnızca %20’sini ödemesi gerekecektir.”

Davalının avukatı davacının teklifini 24 Şubat günü saat 10:02’de e-posta ile zaman geciktirmeksizin kabul etmiştir. Davacının avukatı aynı gün saat 10:12’de e-posta ile cevap vererek davacı adına yapmayı planladığı teklifin davacının lehine %80-20 olduğunu düzelterek belirtmiştir. Bunun üzerine davacı, 2 Mart 2021 tarihinde, İngiliz Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (*The Civil Procedure Rules*) 36.10(2)(b) uyarınca teklifini geri çekme veya şartlarını değiştirme izni için mahkemeye bir başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, teklifteki hatanın açık olduğu durumlarda, bu durumun hata doktrinine (*doctrine of mistake*) tabi olacağına ve geri alınabileceğine karar vermiştir. Keza hala reddetmediği kendi lehine olan %60-40 oranındaki teklifi reddedip %80-20 kendi aleyhine bir durum yaratmayı kabul etmesini de ticari sağduyuya aykırı bulmuştur.⁸⁴

C. Sözleşme üzerinde silinen veya karalanan ifadelerin akıbeti nedir?

Mopani Copper Mines plc v Millennium Underwriting Ltd davasında Lord Clarke, bir belgede kalan kelimelerde belirsizlik olduğu durumlarda, tarafların neyi kabul etmediklerine karar verdiklerini belirlemek için bir belgede silinen kelimelerin incelenmesinin meşru olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde, basılı bir belge veya formdaki silinmiş kelimeler, kalan komşu bir paragrafın belirsizliğini çözebilir. Bu ilkenin, yeniden sözleşme görüşmelerine ilişkin ‘dışlama ilkesini’ ihlal etmediği söylenmektedir.⁸⁵

Silinen/değiştirilen hükümlerin dikkate alınabilmesi için, geriye kalan metnin anlamının muğlak olması gerekir (eğer muğlak değilse, o zaman doğal anlam üzerinden yorum yapılır). Diğer bir ifade ile, muhtelif bir durumu öngören terimin sözleşme metninden çıkarılması, tarafların “bu durumun aksine bir anlaşma yaptıklarını” gösterebilir. Eğer bu şekilde silme işlemi neyin kararlaştırılmadığı konusunda anlaşmaya varıldığını gösteriyorsa, bunun yoruma yardımcı bir unsur olarak dikkate alınmasına izin verilebilir. Bu hususta örneğin temyiz mahkeme-

⁸⁴ ibid; Ayrıca bkz. *KPMG LLP v Network Rail Infrastructure Ltd* [2007] EWCA Civ 363.

⁸⁵ *Mopani Copper Mines plc v Millennium Underwriting Ltd* [2008] 1 CLC 992; Poole (n 3) 240-241.

si'nin *Narandas-Girdhar & Anor v Bradstock* kararındaki ihtiyatı, bu tür kanıtların kabul edilebilirliği konusunda anılan tüm sınırlamalara değinmektedir.⁸⁶ Müzakerelere ilişkin kanıtlar (*yoruma yardımcı bir kaynak olarak kabul edilemeyeceği yukarıda belirtilmiştir*) ile görünür silme veya değişiklikler arasında ince bir çizgi vardır. Ancak silinmiş metin de birçok durumda bir sözleşmenin anlamı için güvensiz bir rehber olmaya devam etmektedir. Çünkü tarafların bir hükmü sözleşmeden silmeleri başka nedenlerden kaynaklanıyor da olabilir.⁸⁷

D. Sözleşme sonrası eylemler mahkemenin yorumuna esas teşkil edebilir mi?

Sonraki davranışların genellikle sözleşme yorumuna yalnızca belirli koşullar altında esas alınabileceği ilkesine ilişkin referans olarak *James Miller & Partners Ltd v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* kararı gösterilmektedir. İlgili uyuşmazlıkta taraflar arasındaki sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olacağı belirtilmiş ve yine sözleşme içerisinde tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla da giderebilecekleri belirtilmiştir. Yani tahkim için uygulanacak hukuk konusunda sözleşmede herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Lordlar Kamarası, sözleşmeyi yorumlarken normal şartlar altında sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenen İngiliz hukukunun tahkim için de uygulanacak hukuk olacağını belirtmiştir. Ancak somut olayda Lordlar Kamarası, tarafların seçmiş oldukları hakemin mesleğini İskoç hukukuna bağlı olarak icra ettiği ve Glasgow'da çalışmalarını yapması sebebiyle tarafların sözleşmeye uygulanmasını istedikleri hukukun İskoç hukuku olduğu şeklinde sözleşmedeki boşluğu yorumlamıştır.⁸⁸ Ancak bu karar haricinde önemle belirtilmesi gereken husus, genel ilkenin tarafların sözleşmeden sonraki davranışlarının sözleşmedeki kelimelere yüklenecek anlamın belirlenmesine esas teşkil etmeyeceğidir. İlgili uyuşmazlıkta mahkeme yalnızca öngörülmeyen bir husus hakkında ticari sağduyu çerçevesinde anlaşmaya işlerlik kazandırmıştır.

SONUÇ

Sözleşme metninin yorumlanmasında tamamen dilsel bir yaklaşımın kabul edilmesindeki en temel eksiklik, sonradan ortaya çıkabilecek her uyuşmazlık konusunun sözleşmede belirtilmesinin pratik olarak imkansızlığıdır. Bir sözleşme ne kadar kazustik bir yöntemle düzenlenmiş olursa olsun ticari hayatta her zaman 'bilinmeyen bilinmeyenler' (*unknown unknowns*) ortaya çıkacaktır. Bu nedenle sözleşme metni üzerinden yorum yapabilmek her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü tarafların sözleşmede kullandıkları dile harfi harfine yapılan

⁸⁶ *Narandas-Girdhar & Anor v Bradstock* [2016] EWCA Civ 88.

⁸⁷ Hugh Bale, *Chitty on Contracts* (Sweet & Maxwell 2007) 13-071; Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts* (Sweet & Maxwell 2023) 3-04.

⁸⁸ Poole (n 3) 241; *James Miller & Partners Ltd v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] 1 Lloyd's Rep, 269.



vurgular keyfi ve orantısız sonuçlar doğurabilir.⁸⁹ Mahkemeler bir yandan tarafların sözleşme içerisinde kullandıkları ifadelerle saygı göstermek bir yandan da sözleşmelerin ticari gerçeklerle uyumlu bir şekilde yorumlanmasını sağlamak için bir denge gözetmelidir. Bu denge, sözleşmenin niteliği ve anlaşmanın yapıldığı ticari şartlar da dahil olmak üzere her bir vakanın özel bağlamını dikkate alan incelikli bir yaklaşım gerektirebilir.⁹⁰

Ticari sağduyu, uygun şekilde uygulandığında, sözleşmelerin faaliyet gösterdikleri ticari gerçekleri yansıtacak şekilde yorumlanmasını sağlayarak, bu hedefe ulaşmada değerli bir yardımcı olarak hizmet eder. Buradan hareketle İngiliz hukukunda ticari sözleşmelerin yorumuna ilişkin iki temel ilkedен bahsedilebilir. Bunlardan birincisi, *sözleşmenin tesisine etki eden amaca aykırı bir sonuca neden olabilecek* sözleşme yorumunun eşyanın tabiatına aykırı olacağı; ikincisi ise, sözleşmenin metinsel yorumu tarafların karşılıklı ticari amacına engel teşkil ettiğinde, ticari sağduyu aracılığıyla ulaşılabilecek alternatif bir yorumun tarafların gerçek iradelerine en yakın sonucu sağlayacağıdır.⁹¹

Bu ilkeler ışığında ticari akitlerin yorumunda ikircikli bir yapı ortaya çıkmaması adına sade bir dil kullanımına özen gösterilmesi, sözleşmenin tanımlar bölümünde sözleşme için önem arz eden ifadelerin tanımlanması, her bir maddede kullanılan dilin tüm sözleşme çerçevesinde farklı bir anlamda kullanılmaması ya da başka maddelerle çelişir bir anlam taşımaması ve son olarak tarafların kendilerine açık gelmeyen hususlar hakkında sözleşmeye açıklayıcı hükümler eklemesi gibi *ex ante önlemler öngörülebilir*. Ancak tüm bu çabalara rağmen taraflar sözleşme hükümleri üzerinde ihtilafa düştüklerinde, taraflardan sözleşmenin ticari sağduyu üzerinden nasıl yorumlanacağını da öngörebilmeleri beklenir. Yakın tarihli mahkeme kararlarında sözleşmelerin yorumunda ticari bağlamları göz önünde bulundurulurken aynı zamanda sözleşmenin açık hükümlerine saygı gösterilen dengeli bir yaklaşım ortaya konmuştur. Yani mahkemeler, ticari sağduyu prensibini sözleşmeleri yeniden yazmak veya tarafları kötü pazarlıklardan kurtarmak için kullanmak yerine, yorumların sözleşme sırasında tarafların karşılıklı ticari hedefleriyle uyumlu olmasını sağlamak için çaba göstermektedir.

⁸⁹ Laura Macgregor, 'Crossing the Line between Business Common Sense and Perceived Fairness in Contractual Interpretation' (2015) 19(3) Edinburgh Law Review 378; Lorna Richardson, 'Commercial Common Sense in Contractual Interpretation: Further views from the Inner House' (2017) 21(3) Edinburgh Law Review 427.

⁹⁰ Bu nedenle Lord Young ticari uyuşmazlıkları çözüme bağlayacak hâkim veya hakemlerin mikroekonominin temel prensiplerine aşına olmasının gereği ve öneminden bahsetmiştir. Bkz. *Ashted Plant Hire Company Limited v Granton Central Developments Limited* [2020] CSIH 2 CA 40/18, 10.

⁹¹ Suzanne Robertson, 'Making Sense of Commercial Common Sense' (2018) 49 Victoria University of Wellington Law Review 296; Oliver Wendell Holmes, 'The Theory of Legal Interpretation' (1898-1899) 12 Harvard Law Review 420.

KAYNAKÇA

Amhurst N, *Terræ-filius: or, the secret history of the University of Oxford: In Several Essays* (Hart-Hall 2010)

Anderson M, Warner V, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts* (Bloomsbury 2023)

Andrews N, ‘Interpretation of Contracts and “Commercial Common Sense”’: Do Not Overplay This Useful Criterion’ (2017) 76(1) *The Cambridge Law Journal*, 36-62

Atiyah PS, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Clarendon 1979)

Bale H, *Chitty on Contracts* (Sweet & Maxwell 2007)

Bayern S, ‘The Nature and Timing of Contract Formation’: DiMatteo L, Hogg M (eds), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives* (Oxford University Press 2015) 77-89

Bingham L, ‘A New Thing Under the Sun? The Interpretation of Contract and the ICS Decision’ (2008) 12 *Edinburgh Law Review* 374-390

Buxton R, ‘“Construction” and Rectification After Chartbrook’ (2010) 69(2) *Cambridge Law Journal* 253-262

Calnan R, *Principles of Contractual Interpretation* (Oxford University Press 2013)

Catterwell R, ‘Striking a Balance in Contract Interpretation: The Primacy of the Text’ (2019) 23 *Edinburgh Law Review* 52-7.

Charny D, ‘Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation’ (1991) 89 *Michigan Law Review* 1815-1879

Connal R, ‘Has the Rainy Sky Dried Up? *Arnold v Britton* and Commercial Interpretation’ (2016) 20 *Edinburgh Law Review* 71-76

Davies P, ‘The Meaning of Commercial Contracts’: Davies P, Pila J (eds), *The Jurisprudence of Lord Hoffman* (Hart Publishing 2015) 215-240

Davies P, ‘Rectification versus Interpretation: The Nature and Scope of the Equitable Jurisdiction’ (2016) 75(1) *The Cambridge Law Journal* 62-85

Davies P, ‘Excluding Good Faith and Restricting Discretion’: Davies P, Raczynska M, *Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms* (Hart 2020) 89-112

Duncan S, ‘Oxwich Park: stepping back from the brink – contractual interpretation after *Arnold v Britton*’ (2015) 101 *Amicus Curiae* 9-11

Gabiner L, ‘The Iterative Process of Contractual Interpretation’ (2012) 128 *Law Quarterly Review* 41-46

Goff R, ‘Commercial Contracts and the Commercial Court’ (1984) *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 382-391



Gray A, 'Relational contract theory, the relevance of actual performance in contractual interpretation and its application to employment contracts in the United Kingdom and Australia' (2023) 52(3) *Common Law World Review* 61-100

Havelock R, 'Return to Tradition in Contractual Interpretation' (2016) 27(2) *Kings Law Journal* 188-213

Havelock R, 'The Unitary Exercise of Contractual Interpretation' (2017) 76(3) *The Cambridge Law Journal* 486-489

Hjalmarsson J, *Maritime Law in 2021: a Review of Developments in Case Law* (Informa 2022)

Holmes OW, 'The Theory of Legal Interpretation' (1899) 12(6) *Harvard Law Review* 417-420

Kramer A, 'Common Sense Principles of Contract Interpretation (and how we've been using them all along)' (2003) 23(2) *Oxford Journal of Legal Studies* 173-196

Kramer A, 'Implication in Fact as an Instance of Contractual Interpretation' (2004) 63(2) *Cambridge Law Journal* 384-411

Lewis K, *The Interpretation of Contracts* (Sweet & Maxwell 2023)

Lim E, 'Commercial Purpose and Business Common Sense in Contractual Interpretation' (2012) 23(1) *King's Law Journal* 99-100

Macgregor L, 'Crossing the Line between Business Common Sense and Perceived Fairness in Contractual Interpretation' (2015) 19(3) *Edinburgh Law Review* 378-383

Marsich R, 'Commercial Common Sense in Contractual Interpretation: Observations on the Court of Appeal in *Technix v Fitzroy* and the *Malthouse v Rangarita*' (2021) 52(3) *Victoria University of Wellington Law Review* 541-562

Mason L, 'The Role of 'Business Common Sense' in the Construction of Commercial Contracts' (2012) 33(2) *Business Law Review* 32-33

Mathew J, 'Are we exceedingly reliant on common sense?' (2015) 11 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 704B

McCunn J, 'Belize it or not: implied terms in *Marks and Spencer v BNP Paribas*' (2016) 79(6) *Modern Law Review* 1090-1101

McCunn J, 'The Contra Proferentem Rule: Contract Law's Great Survivor' (2019) 39(3) *Oxford Journal of Legal Studies* 483-506

Moore M, 'Commercial Common Sense in Contract Interpretation: A Legal Realist Analysis' (2024) 14 *UCL Research Paper Series*.

Moore MT, *Corporate Governance in the Shadow of the State* (Hart 2013)

Moore MT, 'Private Ordering and Public Policy: The Paradoxical Foundations of Corporate Contractarianism' (2014) 34 *Oxford Journal of Legal Studies* 693-714

Morgan J, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law* (Cambridge University Press 2013)

Peden E, 'Policy concerns behind implication of terms in law' (2001) 117 *Law Quarterly Review* 459-481

Poole J, *Textbook on Contract Law* (Oxford University Press 2016)

Richardson L, 'Commercial Common Sense in Contractual Interpretation: Further views from the Inner House' (2017) 21(3) *Edinburgh Law Review* 423-429

Robertson S, 'Making Sense of Commercial Common Sense' (2018) 49 *Victoria University of Wellington Law Review* 279-296

Staughton C, 'How Do Courts Interpret Commercial Contracts?' (1999) 58(2) *The Cambridge Law Journal* 303-313

Tan YL, 'Construction of Commercial Contracts and Parol Evidence' (2009) *Singapore Journal of Legal Studies* 301-331

Trigonis K, 'Arnold v Britton [2015]: An Odyssey of Commercial Interpretation' (2021) 6(1) *Kent Law Review* 5-6

Mahkeme Kararları

Antaios Compania Navera SA v. Salen Rederierna SA ('The Antaios') [1985] AC 191.

Ardmair Bay Holdings Limited v James Douglas Craig [2019] CSOH 58

Arnold v Britton [2015] UKSC 36, [2015] AC 1619, 20.

Ashtead Plant Hire Company Limited v Granton Central Developments Limited [2020] CSIH 2 CA 40/18.

ASSIA v BT [2023] EWCA Civ 451.

Attorney-General of Belize v Belize Telecom Ltd [2009] UKPC 10, [2009] 1 WLR 1988.

Baker Tilly v Makar [2010] EWCA Civ 1411.

Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd [1990] Q.B. 818, 870, C.A

Barton v Gwyn-Jones [2023] AC 684 (Supreme Court) 702.

BS&N Ltd (BVI) v Micado Shipping Ltd (Malta) ("The Seaflower") [2001] C.L.C. 421.

BMA Special Opportunity Hub Fund Ltd & Ors v African Minerals Finance Ltd [2013] EWCA Civ 416.



- Cantor Fitzgerald v Yes Bank* [2024] EWCA Civ 695.
- Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 38, [2009] AC 1101.
- Durham Tees Valley Airport Ltd v bmibaby Ltd* [2009] EWCH 852 (Ch).
- Edgeworth Capital (Luxembourg) SARL v Ramblas Investments BV* [2016] 1 All E.R. (Comm.) 368.
- Firm PI 1 Ltd v Zurich Australian Insurance Ltd* [2014] NZSC 147, [2015] 1 NZLR 432.
- Flanagan v Liontrust Investment Partners LLP* [2015] EWHC 2171 (Ch).
- Globe Motors Inc v TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd* [2016] EWCA Civ 396.
- Glynn v Margetson* [1893] A.C. 351, 356, H.L.
- Granville Oil & Chemicals Ltd v Davies Turner & Co Ltd* [2003] EWCA Civ 570.
- Hartog v Collin Shields* [1939] 3 All ER 566.
- HIH Casualty & General Insurance Ltd v New Hampshire Co.* [2001] EWCA Civ 735, [2001] 2 Lloyd's Rep 161.
- Homburg Houtimport BV v Agrosin Ltd* [2004] 1 AC 715.
- Hut Group Ltd v Nobahar-Cookson* [2016] EWCA Civ 128.
- Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896 (HL)
- Jackson v Dear* [2012] EWHC 2060 (Ch) 40.
- Jacobs v Scott & Co* [1899] 2 F (HL) 70.
- James Miller & Partners Ltd v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] 1 Lloyd's Rep. 269.
- Jumbo King Ltd v Faithful Properties Ltd* [1999] HKCFA 38; [1999] 2 H.K.C.F.A.R. 279.
- KPMG LLP v Network Rail Infrastructure Ltd* [2007] EWCA Civ 363, [2007] Bus LR 1336.
- Mannai Investment Co v Eagle Star Life Assurance* [1997] A.C. 749, 771, H.L.
- Marks & Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co. (Jersey)* [2015] UKSC 72, [2015] WLR 1843.
- Mears v Safecar Security Ltd* [1983] QB 54.
- Miramar Maritime Corp v Holborn Oil Trading Ltd* [1984] A.C. 676, 682, H.L.
- Monsolar IQ Ltd v Wooden Park Ltd* [2021] EWCA Civ 961.

- Mopani Copper Mines plc v Millennium Underwriting Ltd* [2008] 1 CLC 992.
- Narandas-Girdhar & Anor v Bradstock* [2016] EWCA Civ 88.
- National Commercial Bank Jamaica Ltd v NCB Staff Association (Jamaica)* [2024] UKPC 2
- Nord Naphtha Limited v New Stream Trading AG* [2021] EWCA Civ 1829 [2022] Lloyd’s Rep Plus 18.
- O’Grady v B15 Group Limited* [2022] EWHC 67 (QB).
- Photo Production Ltd V Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827.
- Pink Floyd Music Ltd v EMI Records Ltd* [2010] EWCA Civ 1429.
- Prenn v Simmonds* [1971] 1 WLR 1381.
- Procter & Gamble Co. v Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA* [2012] EWCA Civ 1413.
- Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] UKSC 50, [2011] 1 WLR 2900.
- Re Golden Key* [2009] EWCA Civ 636.
- Reardon Smith Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen* [1976] 1 W.L.R. 989, 995-6, H.L.
- Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd* [2008] EWCA Civ 36.
- Sara & Hossein v Blacks* [2023] UKSC 2.
- Skanska Rasleigh Weatherfoil Ltd v Somerfield Stores Ltd* [2007] C.I.L.L. 2449.
- S&T (UK) Ltd v Grove Developments Ltd* [2018] EWCA Civ 2448.
- Swansea Stadium Management Company Ltd v. City & County of Swansea and Interserve Construction Ltd* [2018] EWHC 2192.
- Tartsinis v Navona Management Co* [2015] EWHC 57 (Comm), 54.
- Tidal Energy Ltd v Bank of Scotland plc* [2015] 2 All E.R. 15.
- Torre Asset Funding Ltd v Royal Bank of Scotland plc* [2013] EWCH 2670 (Ch), (2013) 157(35) SJLB 31.
- Transocean Drilling UK Limited v Providence Resources PLC* [2016] EWCA Civ 372.
- Wood v Capita Insurance Services Ltd* [2017] UKSC 24, [2017] AC 1173.



BİYOMETRİK VE GENETİK VERİLERİN KORUNMASI KONUSUNDA AVRUPA KONSEYİ'NİN GENEL YAKLAŞIMI

*General Approach of the Council of Europe
on the Protection of Biometric and Genetic Data*

Songül ATAK*

Özet

Kişisel verilerin korunması konusunda Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan en önemli belge “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme”dir. Sözleşme 1981 yılında kabul edilmiş ve 1985 yılında yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında kabul edilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de doğrudan kişisel verilerle ilgili açık bir düzenleme içermemekle beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel yaşam hakkının kişisel veriler açısından da koruma sağladığını belirtmiş ve bu konuda yapılan başvuruları kabul ederek karara bağlamıştır.

Biyometrik ve genetik veriler kişisel veriler içinde yer alan ve daha güçlü bir korumayı gerektiren hassas verilerdir. Özellikle son yıllarda gerçekleşen teknolojik gelişmeler bu verilerin korunmasına duyulan ihtiyacı daha da artırmaktadır. Bu durumu dikkate alan Avrupa Konseyi bu alanda önemli düzenlemeler yapmıştır.

Bu çalışmada, biyometrik ve genetik verilerin korunması alanında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen belgeler incelenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu alanda vermiş olduğu kararlar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, hassas veri, biyometrik veri, genetik veri, Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Abstract

The most important European Council document in the field of personal data is “The Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data”. The Convention adopted by the Council of Europe in 1981 and came into force in 1985.

The European Convention on Human Rights that adopted by the Council of Europe in 1950 also provides protection for personal data. Despite the fact that there is no clear provision about personal data, The European Human Rights Court has examined complaints with regard to alleged violations of personal data. The Court notes that the rights of private life which protected in article 8 of the Convention extends to aspects relating to personal data.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.06.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, songulatak@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2573-7602>.



Biometric and genetic data are sensitive data those take part within personal data and need to be protected more strongly. Specially because of technological progress taking place during recent years, the need of protection of these data has increased. The Council of Europe has taken this reality into consideration and made important regulations in this field.

In this study, the documents which adopted by the Council of Europe about the protection of biometric and genetic data and the views of The European Human Rights Court in this field have been reviewed.

Keywords: Personal Data, sensitive data, biometric data, genetic data, The Council of Europe, The European Human Rights Court.

GİRİŞ

1981 yılında Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve 1985 yılında yürürlüğe giren “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme” kişisel verilerin korunması konusunda uluslararası alanda kabul edilen ilk bağlayıcı metindir.

Sözleşme genel olarak kişisel verilerin korunması ile ilgili kapsamlı bir düzenleme içermektedir. Ancak hassas veriler için diğer kişisel verilere göre ayrı bir düzenlemeye yer vermiştir. Hassas verilerle ilgili düzenleme Sözleşmenin 6. maddesinde özel veri kategorileri başlığı altında yapılmıştır. Ancak Sözleşmenin ilk halinde sayılan hassas veriler içinde biyometrik ve genetik veriler yer almamıştır. Bu konudaki düzenleme 2018 yılında yapılan değişiklikle gerçekleştirilmiş, biyometrik ve genetik veriler de Sözleşmede ek güvenceler sağlanmış olan hassas veri kategorisine dahil edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda, biyometrik ve genetik verilerin de dahil olduğu, hassas verilerin önemi üzerinde durmuş, bu verileri özel bir veri kategorisi olarak değerlendirilmiş ve bu veriler için diğer verilere kıyasla daha güvenceli bir mekanizmanın kabul edilmesini zorunlu görmüştür. Mahkeme bu konuda yapılan başvuruları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel yaşam hakkını güvence altına alan 8. maddesi altında incelemiştir.

I. AVRUPA KONSEYİ'NİN HASSAS VERİLER AÇISINDAN SAĞLADIĞI GÜVENCELER

20. yüzyıl modern bilgi toplama teknolojileri tarafından bireylerin özel yaşam hakkının artan bir şekilde ihlal edildiği bir yüzyıl olmuştur.¹ Özellikle 1960'lerden itibaren bilgi ve iletişim teknolojileri alanındaki gelişmeler, kişisel verilerin gizliliğinin güvence altına alınması konusunda mevcut hukuki ve teknik önlemlerin yetersizliği hakkında artan bir endişenin oluşmasına neden olmuştur. Dijital devrimin potansiyel etkisi güçlü bir şekilde görülmeye başlanmış ve aynı zamanda kişisel

¹ Marsha Morrow Mclaughlin and Suzanne Vaupel, “Constitutional Right of Privacy and Investigative Consumer Reports: Little Brother is Watching You” (1975) 2 (3) Hasting Constitutional Law Quarterly 775.

verilerin kapsamlı bir şekilde işlenmesine karşı bireyleri korumak amacıyla önlemler alınması ihtiyacı da net bir şekilde fark edilmeye başlanmıştır.²

Hassas veriler içinde biyometrik ve genetik veriler çok önemli bir yer tutmaktadır. Hızla gerçekleşen teknolojik gelişmeler devletlere bu verileri elde etme, işleme ve saklama konusunda çok daha geniş olanaklar sağlamaktadır. Biyometrik ve genetik verilerin devletler tarafından yaygın bir şekilde toplanması, işlenmesi ve saklanması en önemli gerekçesi güvenliğin sağlanmasıdır. Ancak, buradaki en önemli temel sorun; bu verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanması durumunda bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile güvenliğin sağlanması konusunda dengenin kurulabilmesidir.

Özellikle biyometrik yöntemlerin geniş bir uygulama alanının olması ve bu yöntemlerin kullanımının suçla mücadelede etkin bir rol oynaması devletlerin bu yöntemleri yaygın bir şekilde kullanmalarına yol açmaktadır. Ancak bu yöntemlerin yaygın bir şekilde kullanımı bireylerin özel yaşam hakkının ciddi şekilde ihlal edilmesine neden olabilmektedir. Bu nedenle, bu alanda yapılacak düzenlemeler oldukça önem taşımaktadır.

Kişisel verilerin devletler tarafından yaygın bir şekilde toplanması, işlenmesi ve saklanması kişisel verilerin ve özellikle de hassas verilerin korunmasının önemini artırmış ve başta Avrupa Konseyi olmak üzere uluslararası örgütlerin bu alanda düzenlemeler yapmasını zorunlu hale getirmiştir

Avrupa Konseyi'nin hassas veriler açısından sağladığı ilk güvenceler, kişisel verilerin korunması açısından uluslararası alanda kabul edilen ilk belge olma özelliğini taşıyan “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme”de³ yer almıştır. Sözleşme, kişisel verilerin korunması alanında bir yol haritası çizerek, her bir imzacı devletin kendi iç hukuklarına dâhil etmeleri gereken temel veri koruma ilkelerini ortaya koymakta ve bu verilerin korunması konusunda taraf devletler arasında maksimum derecede uyumu sağlayarak veri transferinin önündeki engelleri kaldırmayı hedeflemektedir.⁴ Sözleşmenin temel hedefi Sözleşmeye taraf olacak ülkelerde kişisel veriler açısından eşit bir koruma düzeyi oluşturmaktır. Böylece kişisel verilerin bu devletler arasında özgürce transferi güvence altına alınmış olacaktır.⁵

Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra özellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen bazı tavsiye kararları ile Sözleşmenin temel ilke-

² Graham Pearce and Nicholas Platten, “Achieving Personal Data Protection in the European Union” (1998) 36 (4) Journal of Common Market Studies 531.

³ Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981, European Treaty Series-No.108 (<https://rm.coe.int/1680078b37>). Erişim Tarihi: 25.05.2024.

⁴ Pearce and Platten n (2) 531.

⁵ Colin J. Bennett and Charles D. Raab, The Governance of Privacy Policy Instruments in Global Perspective, (Ashgate Publishing Company, England, 2004) 73.



lerinin kişisel verileri işleyen spesifik sektörlerle nasıl uygulanabileceği açıklanarak, her bir üye devlette kişisel verilerin daha güçlü bir şekilde korunması sağlanmaya çalışılmıştır.⁶

Sözleşme, bireylere ait kişisel verilerin otomatik işlenmesi sürecinde uyulması gereken genel kuralları belirlemektedir. Ancak hassas verilerin içerdiği önemden dolayı bu verilerin işlenmesi konusunda ayrı bir düzenlemeye yer vermiştir.

Hassas veriler konusu özel veri kategorileri başlığı altında Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “İrksal kökeni, politik düşünceleri, dinsel ya da diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile kişinin sağlığı ya da cinsel hayatı ile bağlantılı olan veriler, iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadığı sürece, otomatik işleme tabi tutulamaz. Aynı yasak ceza mahkûmiyetlerine ilişkin kişisel verileri de kapsamaktadır”.

6. madde hassas verilerin iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadan otomatik işleme tabi tutulmasını yasaklayarak diğer kişisel verilere göre daha etkili bir koruma sağlamaktadır.

Sözleşme 2018 yılında gözden geçirilmiş ve Sözleşme’de önemli değişiklikler yapılmıştır.⁷ Hassas verilere ilişkin değişiklik yeni düzenlemede 8. maddede yapılmıştır. Yeni düzenlemeye göre Sözleşmenin 6. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: “Genetik veriler; suçlara, ceza soruşturmalarına ve ceza mahkûmiyetlerine ilişkin olan ve güvenlik önlemleri ile bağlantılı olan kişisel veriler; bir kişiyi benzersiz şekilde tanımlayan biyometrik veriler; irksal ya da etnik köken, siyasi görüşler, sendika üyeliği, dini ya da diğer inançlar, sağlık ve cinsel yaşama ilişkin bilgileri açığa çıkaran kişisel veriler, ancak Sözleşmedeki güvenceleri tamamlayıcı şekilde, iç hukukta yeterli güvencenin sağlanmış olması durumunda işlenebilir. Bu tür güvenceler, veri öznesinin, başta ayrımcılık riski olmak üzere, hakları ve temel özgürlükleri ile menfaatlerine zarar verecek şekilde hassas verilerinin işlenmesine neden olacak risklere karşı güvenceleri içermelidir”.

6. maddede yapılan en önemli değişiklik biyometrik ve genetik verilerden açık bir şekilde ilk kez bahsedilmesi ve bu verilerin hassas veri olarak değerlendirilmesidir. Sözleşmenin ilk halinde biyometrik ve genetik verilere hassas veri kategorisi içinde yer verilmemiştir.

Sözleşmenin 19. maddesinde; Sözleşmenin taraf devletlerde uygulanmasına yardımcı olmak amacıyla bir Danışma Komitesi kurulması kabul edilmiştir. Komiteye, Sözleşme ile bağlantılı konularda görüş belirtme, rehberler yayınlama ve raporlar hazırlama yetkisi verilmiştir.

⁶ Paul M. Schwartz “European Data Protection Law and Restrictions on International Data Flows”, (1995) 80 (3) IOWA Law Review 479.

⁷ Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 10.X.2018, Council of Europe Treaty Series - No. 223 (<https://rm.coe.int/16808ac918>) Erişim Tarihi:01.05.2024.

Komite yayınlamış olduğu rehberler ve raporlarda hassas verilerin korunmasının önemine özellikle vurgu yapmıştır. Örneğin, “Kişisel Veriler İçin Yeterli Düzeyde Koruma Sağlamayan Üçüncü Ülkelere Veri Transferini Sağlayacak Anlaşma Şartlarının Hazırlanmasına İlişkin Rehber”in⁸ 5. maddesinde, hassas verilerin transferinde, Sözleşmeye taraf olan devletlerden gerekli her türlü ek güvenceleri sağlamaları istenmiştir. Ayrıca maddeye ilişkin açıklama notunda da; hassas verilerin transferinde, farklı şifreleme yöntemleri kullanılması ya da bu hassas verilere kimlerin erişebilecekleri ve nasıl erişebilecekleri konusunda bir düzenleme yapılması gibi ek koruyucu önlemler alınması istenmiştir.

Avrupa Konseyi’nin kişisel veriler açısından güvence sağlayan diğer önemli sözleşmesi 1950 yılında kabul edilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir⁹. Sözleşmede doğrudan kişisel verilerle ilgili bir düzenleme yer almamıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişisel verilerle ilgili yapılan başvuruları Sözleşmenin özel yaşam hakkını güvence altına alan 8. maddesi altında incelemiştir.

Sözleşmenin 8. maddesine göre, “Herkes özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir (m.8/1).” “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu ehliyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmesi koşuluyla söz konusu olabilir (m.8/2).”

Mahkeme konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarda¹⁰ öncelikle şu değerlendirmeyi yapmıştır: Kişisel verilerin korunması, Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınmış olan kişinin özel yaşamına ve aile yaşamına saygı duyulması hakkını kullanabilmesi için temel önemdedir. İç hukukta, kişisel verilerin Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiş olan güvencelerle çatışacak şekilde kullanılmasını engellemek için gerekli her türlü önlem alınmalıdır. İç hukuk elde edilen bu verilerin saklanma amaçlarıyla bağlantılı olmasını ve gerekli olandan daha fazlasının saklanmamasını güvence altına almalıdır. Ayrıca, saklanan kişisel verilerin kötüye kullanımını önlemek için yeterli güvenceleri sağlamalıdır.

⁸ Guide to the preparation of contractual clauses governing data protection during the transfer of personal data to third parties not bound by an adequate level of data protection (2002), Prepared by the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD) in 2002 (<https://rm.coe.int/090000168068416c>) Erişim Tarihi: 01.06.2024.

⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.1950, European Treaty Series - No. 5 (<https://rm.coe.int/1680063765>) Erişim Tarihi:17.04.2024.

¹⁰ Bkz. S. ve Marper v. Birleşik Krallık, (Başvuru No:30562/04-30566/04), (Karar Tarihi: 04.12.2008), par.103; Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya, (Başvuru No. 931/13), (Karar Tarihi: 27.06. 2017), par. 133, par. 137; Z v. Finlandiya, (Başvuru No:22009/93), (Karar Tarihi: 25.02.1997), par.95.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bugüne kadar kişisel verilerle ilgili olan çok sayıda başvuruyu incelemiştir. Bunlar arasında hassas veriler içinde yer alan biyometrik ve genetik verilerle ilgili olan başvurular da yer almaktadır.

II. AVRUPA KONSEYİ'NİN BİYOMETRİK VE GENETİK VERİLER ALANINDA YAPMIŞ OLDUĞU DÜZENLEMELER

A. Avrupa Konseyi'nin Biyometrik Verilere İlişkin Düzenlemeleri

Biyometrik veri kısaca bir kişiyi benzersiz şekilde tanımlayan veri olarak tanımlanabilir. Biyometrik verinin kapsamlı tanımı 2018 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün¹¹ 4. maddesinin 14. fıkrasında yapılmıştır. Bu tanıma göre, biyometrik veri; bir gerçek kişinin fiziksel, psikolojik ya da davranışsal karakteriyle bağlantılı olarak spesifik teknik işlemekten elde edilen ve yüz görüntüleri veya daktiloskopik veriler gibi bu gerçek kişinin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına olanak veren ya da kişinin kimliğini doğrulayan kişisel veridir.

Kişinin parmak izi, retinası, avuç içi, yüzü, el şekli, irisi gibi genellikle değişmeyen biyometrik verileri fizyolojik nitelikli biyometrik verileri oluşturmaktadır; kişinin yürüyüş biçimi, akıllı telefon ve benzer cihazları kullanırken ekranı kaydırmak için sergilediği hareketler, klavyeye basış biçimi, araba sürüş biçimi gibi biyometrik verileri ise davranışsal nitelikli biyometrik verileri oluşturmaktadır.¹²

Kişilerin parmak izi, dijital fotoğrafları, retinası, irisi, avuç içi ve el şekli gibi biyometrik verileri özellikle son yıllarda teknolojik gelişmelerin de desteğiyle kişilerin kimliğinin belirlenmesinde ya da doğrulanmasında artan bir şekilde kullanılmaktadır.

Biyometrik yöntem günümüzde kişinin kimliğinin belirlenmesi ya da doğrulanması amacıyla uygulanan modern politikaların merkezinde yer almaktadır. Bu yöntem suçluların yakalanmasından, sağlık sektörünün daha etkili hale getirilmesine veya bir banka hesabının açılmasında güvenli bir şekilde kimliğin doğrulanmasını sağlamak gibi çok farklı amaçlar için kullanılmaktadır.¹³

Biyometrik verilerin önemi ve her geçen gün artan bir şekilde kullanımını Avrupa Konseyi'ni bu verilerin korunması için, mevcut iki sözleşmenin dışında, daha ayrıntılı düzenlemeler yapmaya yöneltmiştir. Avrupa Konseyi'nin farklı organları ta-

¹¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>) Erişim Tarihi: 08.05.2024.

¹² Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber, Kişisel Verileri Koruma Kurulu yayını, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7047/Biyometrik-Verilerin-Islenmesinde-Dikkat-Edilmesi-Gereken-Hususlara-Iliskin-Rehber>) 5-6. Erişim Tarihi: 07.05.2024.

¹³ Pam Dixon, "A Failure to "Do No Harm"—India's Aadhaar Biometric ID Program and Its inability to Protect Privacy in Relation to Measures in Europe and the U.S." (2017) 7(4) Health Technol. (Berl) 540.

rafından kabul edilen ve biyometrik veriler açısından daha güçlü güvenceler sağlamayı amaçlayan düzenlemelerden biri, 108 sayılı Sözleşme ile kurulan Danışma Komitesi tarafından 2005 yılında hazırlanan “Biyometrik Verilerin Toplanması ve İşlenmesine Sözleşmedeki İlkelerin Uygulanması Konusunda İlerleme Raporu”dur.¹⁴

Raporda öncelikle biyometri kavramı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, biyometri kavramı ölçülebilir fiziksel ya da psikolojik özellikleri ya da kişisel davranış özelliklerini kullanarak bir bireyin kimliğini saptamayı ya da doğrulamayı sağlayan bir sistemi ifade eder.

Raporun hazırlanma amacı şöyle ifade edilmiştir: 108 sayılı Sözleşme hazırlandığından bu yana geçen zamanda büyük teknolojik gelişmeler gerçekleşmiştir. Bu rapor hem ulusal hem de uluslararası düzeyde biyometri ile insan hakları arasındaki ilişki konusundaki tartışmalara katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.

Raporda, Avrupa Konseyi üyesi devletlere biyometrik verilerin korunması konusunda önemli tavsiyelerde bulunmaktadır. Söz konusu tavsiyeler şöyle özetlenebilir: Biyometrik veriler kullanılmadan önce, veri sorumlusu öngörülen hedefler ile veri öznesinin özel yaşamı arasında ortaya çıkabilecek avantaj ve dezavantajlar konusunda bir denge gözetmelidir. Biyometrik veriler yalnızca spesifik, açık ve meşru amaçlar için işlenebilir. Bu veriler öngörülen amaçlar açısından yeterli ve bağlantılı olmalı ve gerektiğinden daha fazla işlenmemelidir. Biyometrik veriler için kullanılan teknik sistem, gerekli olandan daha fazla veriyi toplamasına olanak tanımayacak bir şekilde dizaynedilmiş olmalıdır. Veri öznesi sistemin amaçları ve veri sorumlusunun kimliği, işlenecek verilerin neler olduğu ve bu verilerin kimler tarafından görülebileceği hakkında bilgilendirilmelidir. Veri öznesine kendisine ait bilgilere ulaşma, düzeltme ve bunların silinmesini isteme hakkı tanınmalıdır. Biyometrik verilerin korunması için gerekli olan tüm önlemler alınmalıdır

Avrupa Konseyi tarafından biyometrik verilerin korunması konusunda atılan diğer önemli bir adım da Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 2011 yılında kabul edilmiş olan 1797 sayılı karardır.¹⁵ Kararda bir yandan biyometrik yöntemlerin kullanımına duyulan ihtiyaç üzerinde durulmuş diğer yandan da bu alanda kullanılan teknolojilerdeki hızlı gelişmelerin yarattığı sorunlara dikkat çekilmiştir; 11 Eylül 2001 olayından sonra güvenlik konusu küresel düzeyde öncelikli bir sorun haline gelmiştir. Bu durum biyometrik yöntemler kullanılarak kişilerin fiziksel özelliklerini saptayarak kimliklerini doğrulayacak işlemlerin artmasına neden olmuştur. Bu alandaki hızlı gelişmelerden dolayı, biyometrik teknolojisi farklı güvenlik endişeleri konusunda olası çözümler sunmaktadır. Ancak aynı zamanda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınmış olan özel yaşam hakkı,

¹⁴ Progress report on the application of the principles of Convention 108 to the collection and processing of biometric data (2005) (<https://rm.coe.int/16806840ba>) Erişim Tarihi: 08.05.2024.

¹⁵ The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, The need for a global consideration of the human rights implications of biometrics, Resolution 1797 (2011) (<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17968&lang=en>) Erişim Tarihi: 04.06.2024.



adil yargılanma hakkı, masumluk karinesi, seyahat özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı gibi çok sayıda hakkın da risk altına girmesine neden olmaktadır.

Kararda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin bu alanda atması gereken adımlar şöyle belirtilmiştir: Üye devletlerin biyometrik teknolojinin kullanımını konusunda gecikmeksizin spesifik yasal düzenlemeler yapması zorunludur. Özellikle biyometrik verinin standart bir tanımı ortaya konulmalıdır; kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevcut genel düzenlemeler gözden geçirilerek, gelişmiş biyometrik teknolojilere uygulanacak şekilde gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Biyometrik veriler işlenirken orantılılık ilkesi dikkate alınmalıdır. Biyometrik verilerinin toplanması ve işlenmesi konusunda bireylerin bilgilendirilme hakları güvenceye alınmalıdır; bireylere kendi verilerine erişim ve/ya bu verilerin silinmesi ya da düzeltilmesini isteme hakkı tanınmalıdır. Bu verilerin saklanması için uygun saklama sistemleri oluşturulmalıdır. Biyometrik verinin toplanma amacına uygun olarak kullanımı güvence altına alınmalı ve bu verilere yetkisiz kişilerin erişimi engellenmelidir. Bireylerin insan haklarının ve temel özgürlüklerinin ihlali durumunda etkili hukuki çözüm yolları sağlanmalı ve ilgili yasal düzenlemelerin uygulanmasını denetleyecek izleme mekanizmaları kurulmalıdır.

Biyometrik veriler içinde yüz tanıma teknolojisi kullanılarak elde edilen veriler oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Biyometrik yüz tanıma teknolojisi hızla gelişen yapay zekâ teknolojileri içinde yer almakta ve bu teknolojilerin en önemlilerinden birini oluşturmaktadır.¹⁶ Yüz tanıma teknolojisi dijital fotoğraflardan ya da video görüntülerinden bir kişinin kimliğini saptamak ya da doğrulamak amacıyla kullanılmaktadır. Özellikle kamusal alanda eylem yapan ya da suç işleyen kişilerin kimliğini saptamak ya da aranan kişileri bulmak amacıyla bu yöntem uygulanmaktadır. Bu teknoloji kullanılarak dijital fotoğraflardan ya da video görüntülerinden elde edilen yüz görüntüleri biyometrik veri kategorisi içinde yer almaktadır.

Yüz tanıma teknolojisinin kullanımı diğer biyometrik teknolojilere göre daha kolaydır ve daha etkili sonuçlar elde edilmesini sağlamaktadır. Çok sayıda insanın görüntüsünü onlar bu işlemin yapıldığını fark etmeden, uzak bir mesafeden hızla tarayabilmektedir. Diğer birçok biyometrik teknoloji ancak öznenin tarama cihazına çok yakın mesafede olması halinde kullanılabilir.¹⁷

Yüz tanıma teknolojisi ilk olarak Londra'da suç oranlarının çok yüksek olduğu bir bölgede 1998 yılında kullanılmıştır. Bu yöntemin kullanılmasından sonra suç oranlarının %34 oranında düştüğü tespit edilince, suç oranlarının yüksek olduğu diğer bölgelerde de uygulanmaya başlanmıştır.¹⁸

¹⁶ Marcus Smith and Seumas Miller, "The Ethical Application of Biometric Facial Recognition Technology" (2022) 37 AI & SOCIETY 167.

¹⁷ Christopher S. Milligan, "Facial Recognition Technology, Video Surveillance, and Privacy", (1999) 9 (1) Southern California Interdisciplinary Law Journal 311.

¹⁸ David McCormack, "Can Corporate America Secure Our Nations? An Analysis of the Identix Framework for the Regulation and Use of Facial Recognition Technology", (2003) 9 (1) Boston University Journal of Science & Technology Law 132.

Günümüzde bu teknoloji Avrupa genelinde güvenlik gerekçesiyle yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Ancak Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin güvenlik konusunda duydukları endişenin, özel yaşam hakkını korumak konusunda yükümlülüklerinin önüne geçmesi riski Konseyin bu konuyu ele almasına neden olmuştur.

108 sayılı Sözleşme ile kurulan Danışma Komitesi yüz tanıma teknolojisinin kullanımı konusunda Konsey üyesi devletlerin dikkate alması gereken hususları belirleyen bir rehberi 2021 yılında kabul etmiştir.¹⁹ Rehberin amacı, yüz tanıma yönteminin mevcut izleme sistemlerine dâhil edilmesinin kişisel verilerin korunması ve özel yaşam hakkı açısından oluşturduğu ciddi riskler üzerinde durmak ve bu risklerden kaçınabilmek için yapılması gerekenleri belirlemektir.

Rehberde öncelikle yüz tanıma yönteminin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, yüz tanıma yöntemi bireylerin yüz şablonları kullanılarak kimliklerinin saptanması ya da doğrulanması için dijital görüntülerinin otomatik olarak işlenmesidir.

Rehberde özellikle şu hususlar üzerinde durulmuştur: 108 sayılı Sözleşmeye taraf olan ülkeler yüz tanıma yöntemlerini kullanırken kişisel verilerin ve özel yaşam hakkının korunmasını güvence altına almalıdırlar. Bunun sağlanabilmesi için de özellikle şunlara dikkat edilmelidir: Yüz tanıma yöntemiyle elde edilen biyometrik verilerin işlenmesi konusunda yasal bir düzenleme yapılmalıdır. Dijital görüntülerden biyometrik şablonların oluşturulması hassas verilerin işlenmesini içerdiği için bu alanda yasal güvencelerin sağlanması zorunludur. Kimlik saptama ya da doğrulama amacıyla yüz tanıma yöntemi kullanılarak biyometrik verilerin işlenmesine sınırlama getirilmelidir. Bu yöntem yalnızca yetkili makamlar tarafından güvenlik alanında kullanılmalıdır. Yapılan yasal düzenlemelerde gereklilik ve orantılılık ilkeleri dikkate alınmalıdır. Yasa bu alanda bir veri tabanı oluşturulması konusunda net parametreler belirlemelidir. Ağır suç şüphesinin ya da kamu güvenliğine yönelik tehlikenin mevcut olması gibi durumlarda bu yola başvurulmalıdır. Yüz tanıma yöntemi periyodik bir şekilde gözden geçirilmelidir. Yalnızca gerekli olan veriler işlenmelidir. Elde edilen yüz izinin veri tabanında mevcut olan bir görüntüyle eşleşmemesi durumunda bu yüz izi sistemden otomatik olarak silinmelidir. Eşleşmenin gerçekleşmiş olduğu durumlarda da söz konusu verinin saklanma süresi yasa tarafından net bir şekilde belirlenmeli ve verinin korunması için gerekli güvenceler sağlanmalıdır.

B. Avrupa Konseyi'nin Genetik Verilere İlişkin Düzenlemeleri

Genetik veriler ait oldukları kişilere ilişkin önemli ölçüde bilgi sağlama özelliğine sahiptirler. Bu nedenle başta özel yaşam hakkı olmak üzere kişilerin temel hak

¹⁹ Guidelines on facial recognition. Adopted by the Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108), Council of Europe, June 2021 (<https://rm.coe.int/guidelines-facial-recognition-web-a5-275-0-3427-6868-1/1680a31751>) Erişim Tarihi: 10.05.2024.



ve özgürlükleri tehdit edebilecek şekilde kullanılabilme kapasitesine sahiptirler.²⁰ Özellikle DNA analizleri günümüzde suçlarının tespit edilmesi amacıyla yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. DNA analizleri, iki kız çocuğuna yapılan cinsel saldırı olayının faillerini bulmak amacıyla ilk kez 1986 yılında İngiltere’de kullanılmıştır.²¹ Yapılan analizler sonucunda doğru sonuca varılması bu yöntemin etkililiği konusunda güçlü bir kanaatin oluşmasına neden olmuş ve sonraki yıllarda bu yöntem yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Ancak bu yöntem ilk yıllarda yalnızca suçluların kimliğinin tespiti amacıyla kullanılırken daha sonraki yıllarda farklı amaçlar için de kullanılmaya başlanmıştır.

DNA örnekleri bir kişi hakkında yalnızca bir kimlik belirlemeden çok daha fazla bilgi sağlamaktadır.²² DNA örneklerinin yalnızca kimlik tespitini sağlayan veriler olmaması, söz konusu verilerin kişinin sağlık durumuna ve hastalıklara yatkınlık gibi durumlarına ilişkin bilgileri de açığa çıkarması kişilerin işyerlerinde ya da sigorta işlemlerinde ayrımcılığa tabi tutulması gibi riskleri doğurmaktadır ve bu durum risk altında olan kişiler kategorisinin oluşmasına neden olmaktadır.²³ Bu alanda ortaya çıkan riskler bu konuda önlemler alınmasını ve düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Avrupa Konseyi genetik verilerin etkili bir şekilde korunabilmesi için 108 sayılı Sözleşmedeki düzenlemenin yanı sıra ayrı bazı belgeler kabul etmiştir. Ancak bu alandaki çalışmalar yavaş ilerlemiştir. Konsey genel olarak biyoetik alanında çalışmalar yapacak ve insan genetiğiyle bağlantılı etik ve hukuki sorunları ele alacak bir Uzmanlar Komitesini 1985 yılında kurmuştur. Ancak Komite bu alanda standart belirlemekten çok bir tartışma platformu olarak varlığını sürdürmüştür.²⁴ Komite 1992 yılında biyoetik alanında çalışmalar yürüten bir Yürütme Komitesine dönüştürülmüştür. Yeni oluşturulan Komite hem Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından konuyla ilgili kabul edilen tavsiyelerin hem de bu alandaki ilk sözleşme olan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nin²⁵ hazırlık çalışmalarını yürütmüştür.

²⁰ Deryck Beyleveld and Mark J. Taylor, “Data protection, Genetics and Patents for Biotechnology” (2007) 14 European Journal of Health Law 177.

²¹ Andrea De Gorgey, “The Advent of DNA Databanks: Implications for Information Privacy” (1990) XVI (3) American Journal of Law and Medicine 385.

²² Holly K. Fernandez, “Genetic Privacy, Abandonment, and DNA Dragnets: Is Fourth Amendment Jurisprudence Adequate?” (2005) 35 (1) The Hastings Center 23.

²³ Dorothy Nelkin and Lori Andrews, “Surveillance Creep in the Genetic Age”, David Lyon (ed), Surveillance as Social Sorting Privacy, Risk and Digital Discrimination (Routledge, 2003) 95; James G. Hodge, “Privacy and Antidiscrimination Issues: Genetics Legislation in the United States” (1998) 1(3) Community Genetics 170.

²⁴ Frits W. Hondius, “Protecting Medical and Genetic Data” (1997) 4 European Journal of Health Law 372.

²⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 4.IV.1997, European Treaty Series-No.164. (<https://rm.coe.int/168007cf98>) Erişim Tarihi: 17.05.2024.

Avrupa Konseyi'nin genetik verilerle ilgili olarak ilk önemli kararlarından biri 1992 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen "DNA Analizlerinin Ceza Adalet Sistemi Çerçevesinde Kullanımına İlişkin Tavsiye Kararı"dır.²⁶ Kararın 3. maddesi suçların araştırılması amacıyla DNA analizi için toplanan örneklerin ve bu analizlerden elde edilen verilerin bu amaç dışında başka bir amaç için kullanımını yasaklamaktadır. Kararın 8. maddesinde ise, bir davada kullanılmak üzere alınmış olan DNA örneklerinin söz konusu davaya ilişkin nihai kararın verilmesinden sonra saklanması yasaklanmaktadır. Bu yasağın istisnası, kendisinden DNA örneği alınan kişinin başkasının hayatına, beden bütünlüğüne ve güvenliğine yönelik ağır bir suçtan dolayı mahkûm olmasıdır. Bu durumda saklama süresi yasa ile kesin olarak belirlenmek şartıyla söz konusu DNA örneklerinin saklanmasına izin verilebilir.

Bu alandaki diğer önemli bir çalışma da 1997 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiş olan "Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı"dır.²⁷

Genetik verinin ilk kapsamlı tanımı bu kararda yapılmıştır. 1. maddede yapılan bu tanıma göre, "Genetik veri, hangi türde olursa olsun, bireyin kalıtsal özellikleriyle ilgili olan ya da bağlantılı birey grupları içindeki bu tür kalıtsal özelliklerle ilgili olan verileri ifade eder. Ayrıca, tespit edilebilir özellikleri ortaya koysun ya da koymasın, her türlü genetik bilgiyi içeren ya da sağlık ya da hastalığın her boyutuyla bağlantılı olan tüm verileri ifade eder".

Tavsiye kararının 4. maddesinde de tıbbi verilerin ve genetik verilerin korunmasına ilişkin düzenlenme yer almaktadır: "Tıbbi veriler hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak ve yalnızca öngörüldükleri amaçlar için toplanmalı ve işlenmelidir; bilimsel amaçlarla ya da veri sahibinin tedavisi ya da hastalıkların teşhisi ya da önleyici tedavi amacıyla toplanan ve işlenen genetik veriler de bu amaçlar dışında kullanılamaz".

Bu karar önemli olmakla beraber bir tavsiye kararı olduğu için Avrupa Konseyi'nin hiçbir üyesi için bağlayıcı değildir. Bu nedenle, daha çok bu alanda tanım sorunu konusunda ikna edici bir çözüm ortaya koyan bir çalışma olarak değerlendirilebilir.²⁸

Kararda genetik veriler için diğer tıbbi veriler için sağlanan korumanın sağlanması önerilmiştir. Ancak genetik veriler diğer tıbbi verilere göre daha hassas nitelikli verilerdir. Bu özelliklerinden dolayı daha güçlü bir korumayı gerektirirler.

²⁶ Recommendation No. R (92) 1 on the Use of Analysis of Deoxyribonucleic Acid (DNA) within the Framework of the Criminal Justice System, Adopted by the Committee of Ministers on 10 February 1992 at the 470th meeting of the Ministers' Deputies (10.02.1992) (<https://rm.coe.int/16804e54f7>) Erişim Tarihi: 17.05.2024.

²⁷ Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data Adopted by the Committee of Ministers on 13 February 1997 at the 584th meeting of the Ministers' Deputies (13.02.1997) (<https://rm.coe.int/cmrec-97-5-on-the-protection-of-medical-data/1680a43b64>) Erişim Tarihi: 18.05.2024.

²⁸ Renate Gertz, "Is it 'Me' or 'We'? Genetic Relations and the Meaning of 'Personal Data' under the Data Protection Directive" (2004) 11 European Journal of Health Law 236.



Genetik verilere diğer tıbbi verilere göre çok daha hassas veri muamelesi yapılması gerektiğini savunanlar üç nedene dayanmaktadır. İlk olarak, bir kişinin genetik profili bir çeşit “gelecek günlüğüdür”. İkinci olarak, bir kişiye ait genetik veriler yalnızca o kişiye ait verileri içermez. Aynı zamanda ebeveynlerine, kardeşlerine ve çocuklarına ait verileri de içermiş olur. Üçüncü olarak, genetik temele dayalı ayrımcılık ve damgalanmanın uzun bir tarihi geçmişi mevcuttur. Bu veriler ayrımcı amaçlar için kullanılabilir.²⁹

Avrupa Konseyi aynı yıl içinde (1997) tıbbi ve genetik veriler açısından önemli bir sözleşme olan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”ni kabul etmiştir. Biyotıp alanındaki gelişmeler karşısında insanların korunabilmesi için genel ortak standartların oluşturulmasına yönelik bir çerçeve sözleşme hazırlanması için Avrupa Konseyi’ne yapılan baskılar bu Sözleşmenin kabulünde etkili olmuştur.³⁰

Sözleşmenin 10. maddesi genetik verilerle ilgili önemli bir güvence içermektedir. Bu düzenlemeye göre, herkes, kendi sağlığı hakkındaki bilgiler açısından özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Tıbbi veriler için sağlanan bu güvence genetik veriler açısından da geçerlidir.

Sözleşmenin 4. Bölümü insan genomuna ilişkin düzenlemeye ayrılmıştır. Bu bölümde öncelikle ayrımcılık yasağı ele alınmış ve kişinin genetik mirası nedeniyle kişiye yönelik herhangi bir ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır (m.11). Bu bölümde ayrıca genetik teşhise yönelik testler (m.12), insan genomuna yönelik müdahaleler (m.13) ve cinsiyet seçiminin yasaklanması (m.14) gibi konularda yapılan düzenlemeler yer almıştır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genel olarak özel yaşam hakkına yönelik yapılan müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olup olmadığına karar verirken şu ölçütleri esas almaktadır: Öncelikle müdahale yasaya uygun olmalıdır. Müdahale meşru bir amaçla yapılmış olmalı ve izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır. Müdahale 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilmiş olan nedenlerden birine ya da birkaçına dayanmış olmalıdır. Müdahale demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmalıdır.³¹ Mahkeme kişisel verilerle bağlantılı olarak yapılan

²⁹ Charles J. Sykes, *The End of Privacy, Personal Rights in the Surveillance Society*, (St. Martin's Press, 1999) 131.

³⁰ Hondius, n (24) 373.

³¹ Bkz. *Malone v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No:8691/79), (Karar Tarihi: 26.04.1985), par.66, par.81; *Khan v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No:35394/97), (Karar Tarihi: 12.05.2000), par.22-28; *Vavricka ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti*, (Başvuru No:47621/13, 3867/14, 73094/14), (Karar Tarihi: 08.04.2021), par.265-275; *Dubská ve Krejzova v. Çek Cumhuriyeti* (Başvuru No: 28859/11-28473/12), (Karar Tarihi: 15.11.2016), par.167-178; *Niemietz v. Almanya*, (Başvuru No: 13710/88), (Karar Tarihi: 16.12.1992), par.34-37.

başvurularda da müdahalenin Sözleşmeye uygun olup olmadığına karar verirken aynı ölçütleri esas almaktadır.

Mahkeme kişisel verilerle ilgili vermiş olduğu kararlarda kişisel veri kavramını değerlendirirken 108. Sayılı Sözleşmedeki tanıma gönderme yapmaktadır. Mahkemeye göre,³² özel yaşam hakkı dar yorumlanamaz. Özel yaşam hakkının geniş yorumu 108 sayılı Sözleşmenin 1. ve 2. maddesindeki tanımı kapsar. Sözleşmenin 1. maddesinde Sözleşmenin amacı şöyle açıklanmıştır; “Sözleşmeye taraf olan devletlerin kendi yetki alanı içinde bulunan bireylerin vatandaşlık ya da oturma durumlarını göz önüne almaksızın, kişisel verilerinin işlenmesi sürecinde her bir bireyin özel yaşam hakkı başta olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerine saygı duyulmasını güvence altına almaktır”. Sözleşmenin 2. maddesinde de kişisel verinin, kimliği belirlenmiş ya da belirlenebilir bir kişi hakkındaki tüm bilgileri kapsadığı belirtilmiştir.

Mahkeme kişisel verilerle bağlantılı olarak vermiş olduğu kararlarda, Sözleşmeye taraf olan devletlerin hassas veriler için daha yüksek düzeyde bir koruma sağlama-ları gerektiği üzerinde önemle durmuştur. Mahkeme hangi verilerin hassas veriler kategorisine girdiğini değerlendirirken de 108 sayılı Sözleşmenin 6. maddesini referans almaktadır. 6. maddedeki düzenlemeye göre, suçlara, cezai soruşturmalara ve ceza mahkûmiyetlerine ilişkin olan ve güvenlik önlemleri ile bağlantılı olan veriler; biyometrik veriler; ırksal ya da etnik köken, siyasi görüş, sendika üyeliği, dini ya da diğer inançlara ilişkin veriler, tıbbi ve cinsel yaşama ilişkin bilgileri açığa çıkaran veriler ile genetik veriler hassas veri kategorisinde değerlendirilmektedir. Mahkemenin özellikle son 20 yıl içinde kişisel veriler alanında vermiş olduğu kararlar içinde biyometrik ve genetik verilere ilişkin vermiş olduğu kararlar önemli bir yer tutmaktadır.

Biyometrik ve genetik verilerin korunmasıyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine çok sayıda başvuru yapılmıştır. Başvuruların bir kısmı hem biyometrik veri hem de genetik verilerle bağlantılıdır. Mahkemenin şimdiye kadar bu alanda vermiş olduğu çok sayıda kararın içinde Mahkeme içtihatlarında önemli yer tutan ve sonraki kararlarında da genellikle atıfta bulunduğu belli başlı bazı kararları incelenecektir.

A. Van Der Velden v. Hollanda Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi biyometrik verilerin ve genetik verilerin ulusal bir veri tabanında toplanmasını ve saklanmasını belli koşullarının varlığı halinde Sözleşmeye aykırı bulmamaktadır. Özellikle belli ağırlıktaki suçları işleyen ve haklarında mahkûmiyet kararı verilen kişilerden biyometrik ve genetik veri toplanmasını ve bunların saklanmasını makul kabul etmektedir.

³² Bkz. Amann v. İsviçre, (Başvuru No:27798/95), (Karar Tarihi:16.02.2000), par. 65; Rotaru v. Romanya, (Başvuru No.28341/95), (Karar Tarihi: 04.05.2000), par.43.



Bu konudaki ilk önemli kararlarından biri Van Der Velden v. Hollanda³³ kararıdır. Mahkeme bu kararda DNA profillerinin bir veri tabanında toplanması konusunu ayrıntılı ele almıştır. Bay Velden 2002 yılında işlemiş olduğu beş banka soygunu ve dört tane araba hırsızlığından dolayı yapılan yargılama sonucunda 2003 yılında altı yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Soruşturma sürecinde psikolojik ve psikiyatrik kontrole tabi tutulmuştur. Psikolog tarafından düzenlenen raporda Bay Velden'de şizoid kişilik bozukluğu olduğu açıklanmış ve eylemlerinin diğer kişiler üzerindeki etkilerini yeterince öngöremediği belirtilmiştir. Hem nöropsikolog hem de psikiyatr tarafından hazırlanan raporlarda Bay Velden'in tekrar suç işleme ihtimalinin yüksek olduğu belirtilmiştir. Bay Velden cezaevindeyken 2005 yılında savcılığın kararı ile DNA testine tabi tutulmuş ve elde edilen DNA profili ulusal DNA veri tabanına dahil edilmiştir. Bay Velden, hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olan kişilerin DNA testine tabi tutulmasına ve elde edilen verilerin saklanmasına izin veren DNA Testi Yasasının kendisi hakkında mahkûmiyet kararı verildikten sonra yürürlüğe girdiğini iddia ederek, yasanın izin vermiş olduğu bu işlemlerin kendisine uygulanamayacağını iddia etmiştir. Bu işleme tabi tutulmasını, daha önce işlemiş olduğu ve hakkında mahkûmiyet kararı verilmesine neden olan suçlarla ilgili olarak kendisine ceza verilmesi olarak değerlendirmiştir. Ancak bu konuda iç hukukta yapmış olduğu başvuru reddedilince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

Başvuruyu inceleyen Mahkeme şu değerlendirmeyi yapmıştır: DNA Testi Yasası Bay Velden hakkında mahkûmiyet kararı verildikten sonra yürürlüğe girmiştir ancak söz konusu yasanın hükümlerinin Bay Verden hakkında uygulanmış olması bir ceza niteliği taşımamaktadır. Bu yasanın amacı suçun önlenmesi, soruşturulması ve yargılamanın yapılabilmesidir. Hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olan kişilerin DNA testine tabi tutulmasının ve elde edilen verilerin saklanmasının amacı suçların aydınlatılmasını sağlamaktır. Veri tabanının yardımıyla faillerin kimliği daha hızlı tespit edilebilir. Ayrıca, DNA profillerinin ulusal veri tabanında tutulduğunu bilen kişiler gelecekte suç işlemekten kaçınabileceği için bu durum tekrar suç işleme oranlarının düşmesine katkıda bulunacaktır. Yasanın bu yönleri dikkate alındığında DNA profilinin ulusal veri tabanına eklenmesi, başvuruçunun hüküm giymesine neden olan suçlarla ilgili olarak başvuruçuya verilmiş bir ceza olarak değerlendirilemez. Bu işlem suçun önlenmesi ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacına hizmet etmektedir. Alınan DNA örnekleri başvuruçunun tarafından işlenmiş olan suçların soruşturulmasında hiçbir rol oynamasa dahi bu gerçek değişmez. Belli ağırlıktaki suçları işleyen herkesin DNA testine tabi tutulması makul kabul edilir. Alınan bu önlemler demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilecek önlemlerdir. Ayrıca, DNA profilinin ulusal veri tabanında saklanmış olması başvuruçunun açısından faydalı olabilir. Çünkü DNA örneklerinin tespit edildiği suçların soruşturulması sürecinde başvuruçunun ismi şüpheli kişiler listesinden hız-

³³ Van Der Velden v. Hollanda, (Başvuru No: 29514/05), (Karar Tarihi 07.12.2006).

lıca çıkarılacaktır. Bu olgular göz önüne alınarak, başvuru açıkça temelden yoksun bulunmuş ve oybirliğiyle başvuruya ilişkin kabul edilmezlik kararı verilmiştir.³⁴

Mahkeme bu başvuruya ilişkin kabul edilmezlik kararı vererek, hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş kişilerin biyolojik örneklerinin ve genetik verilerinin toplanmasının Sözleşmeye göre bir ceza biçimi olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmiş olmaktadır. Bu görüş, genetik bir profil oluşturulması amacıyla biyolojik örneklerin toplanması konusunda genel ilkelerin belirlenmesinde, ciddi ağırlıkta suçlardan mahkum edilen kişilerin verilerinin korunması hakkının sınırlandırılabilmesine ilişkin yorumlar tarafından desteklenmektedir.³⁵

B. Peruzzo ve Martens v. Almanya Kararı

Mahkeme, Peruzzo ve Martens v. Almanya³⁶ başvurusunda da Van Der Velden v. Hollanda kararında açıklamış olduğu gerekçelere benzer gerekçelerle kabul edilmezlik kararı vermiştir. Başvuruyu yapanlardan ilk başvurucu uyuşturucuyla bağlantılı suçlardan dolayı hüküm giymiş bir kişidir. İkinci başvurucu da çok sayıda suç işlemiş ve hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş bir kişidir. Bölge Mahkemesi söz konusu kişilerin çok sayıda suç işlemiş oldukları ve işledikleri suçların ağırlığı gerçeğini göz önüne alarak, gelecekte olası bir ceza soruşturmasında kimlik saptama amacıyla DNA profilinin oluşturulması için hücre örneklerinin alınması gerektiğine karar vermiştir. Bu karar Alman Ceza Muhakemesi Yasasının 81. maddesine dayanarak verilmiştir. Bu maddeye göre, toplanan hücre örnekleri yalnızca DNA profilinin oluşturulması amacıyla kullanılabilir. Yetkili kişiler bu alanda incelenen herhangi bir materyalin izinsiz kullanımını engellemek için gerekli önlemleri almak yükümlülüğü altındadırlar. Hücre örnekleri DNA profili oluşturma amacı açısından artık ihtiyaç duyulmadığında imha edilir. Yalnızca hücre örneklerinden elde edilmiş olan DNA profilleri Fedaral Kriminal Polis merkezinde maksimum on yıl süreyle tutulur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, iç hukuktaki bu yasal düzenleme DNA örnekleri ve profillerinin korunması için yeterli güvenceyi sağlamaktadır. Ağır suçlardan hüküm giymiş kişilerin DNA materyallerinin alınmasına ve saklanmasına izin veren söz konusu düzenleme yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında adil bir denge kurabilmektedir ve taraf devlet bu düzenlemeyle kabul edilebilir takdir yetkisinin sınırları içinde kalmıştır. Mahkeme bu olguları dikkate alarak başvuruyu açıkça temelden yoksun bulmuş ve başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı vermiştir.³⁷

³⁴ Van Der Velden v. Hollanda, par.2.

³⁵ Paweł Kwiatkowski, "European Court of Human Rights Case Law on Genetic Information in the Scope of International Biomedical Law", (2020) 11 Adam Mickiewicz University Law Review 127.

³⁶ Peruzzo ve Martens v. Almanya, (Başvuru No: 7841/08 ve 57900/12), (Karar Tarihi: 04.06.2013).

³⁷ Peruzzo ve Martens v. Almanya, par.49.



Alman mahkemeleri DNA örneklerin alınması ve DNA profilin saklanması kararını, söz konusu kişilerin işlemiş oldukları suçların ağır suçlar olmasına ve ayrıca gelecekte o kişilere yönelik benzer suçlamalara ilişkin yürütülecek olası bir ceza soruşturmasında kimlik saptama amacıyla bu verilerin kullanılabilmesi ihtimaline dayandırmışlardır.³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, başvuru sahiplerinin gelecekte işleyebilecekleri benzer suçlar hakkında yapılabilecek olası bir ceza soruşturmasında bu verilerin kullanılabilmesi iddiası da dahil olmak üzere, Alman mahkemelerin ileri sürdüğü gerekçeleri yeterli bulmuştur. Ancak bu kişilerin gelecekte benzer suçlar işleyebileceği ihtimali iddiasına karşı, Mahkeme bu kişilerin önyargı ve lekelenme riskiyle karşı karşıya kalabileceği sorunu üzerinde hiç durmamıştır.³⁹

C. S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suç işlediği iddia edilen kişiler hakkında takipsizlik kararı verilmesi ya da yapılan yargılama sonucunda beraat etmeleri durumunda o kişilere ait toplanmış olan biyometrik verilerin ve genetik verilerin silinmesi gerektiği kanaatinde-dir.

Mahkemenin bu alandaki en önemli kararlardan biri S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararıdır.⁴⁰ Başvuru Bay S. ve Bay Marper tarafından yapılmıştır. Bay S. 2001 yılında 11 yaşındayken hırsızlığa teşebbüs suçlamasıyla tutuklandığında kendisinden DNA örnekleri ve parmak izi alınmıştır. Bay S. yapılan yargılama sonucunda beraat etmiştir. İkinci başvuru Bay Marper ise 2001 yılında partnerini taciz suçlamasıyla tutuklandığında kendisinden DNA örnekleri ve parmak izi alınmıştır. Ancak henüz yargılama süreci başlamadan partneriyle aralarında uzlaşma sağlandığı için Bay Marper hakkında takipsizlik kararı verilmiştir. Hem Bay S. hem de Bay Marper parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin ulusal veri tabanından silinmesini yetkili makamlardan talep etmişler ancak bu talepleri reddedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuran Bay S. ve Bay Marper'a göre, parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin saklanması özel yaşamlarına saygı hakkına bir müdahaledir. Çünkü bu veriler önemli ölçüde bireysel kimlikleriyle bağlantılıdır ve onların kendi denetimleri altında tutma hakkına sahip oldukları kişisel bilgilerdir. Bu verilerin saklanması demek, söz konusu verilerin kalıcı bir şekilde başkaları tarafından ulaşılabilir olması anlamına gelecek ve böylece bu veriler onların kontrol alanı dışına çıkacaktır. Özellikle birinci başvuru sahibinin yaşının küçüklüğü dikkate alındığında bu verilerin saklanması onun açısından toplumsal lekelenme ve psikolojik sonuçları gibi etkileri daha derin olacaktır. Ayrıca, hücre örneklerinin saklanması özel yaşam hakkına çok daha büyük

³⁸ Peruzzo ve Martens v. Almanya, par.19.

³⁹ Donatas Murauskas, "Predictive Analytics in Crime Prevention and the European Convention on Human Rights: Tackling Risks in Privacy and Fair Trial Frameworks", (2021) 97 Acta Universitatis Lodzianensis Folia Iuridica 235.

⁴⁰ S. ve Marper v. Birleşik Krallık, (Başvuru No:30562/04 and 30566/04) (Karar Tarihi: 04.12.2008).

bir müdahaledir. Çünkü bunlar, akrabaları da dahil olmak üzere, bir kişinin tüm genetik verilerini kapsamaktadır.

Mahkeme öncelikle şu değerlendirmeyi yapmıştır; mevcut davada yetkililer tarafından saklanan her üç kategorideki kişisel bilgiler (parmak izleri, hücre örnekleri ve DNA profilleri) 108 sayılı Sözleşmeye göre kişisel veri kategorisi içinde yer almaktadır.⁴¹ Ancak bu üç kategori verinin niteliğinden ve içerdiği bilgilerin kapsamından dolayı ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.⁴²

Mahkemeye göre, hücre örnekleri bir birey hakkında çok hassas nitelikte verileri içerir. Dahası, bu örnekler hem bireyin kendisinin hem de akrabalarının eşsiz genetik kodunu içermektedir.⁴³

Mahkeme DNA profillerine ilişkin olarak da şu değerlendirmeyi yapmıştır; DNA profilleri önemli miktarda eşsiz kişisel veriyi içermektedir. Bu profiller bireyler arasındaki genetik ilişkilerin saptanmasında da kullanılabilir.⁴⁴ Ayrıca, etnik kökenin belirlenmesine olanak tanıdığı için yetkili makamlar tarafından bu amaçla da kullanıma ihtimali vardır. DNA profillerinin bu amaçla da kullanılabilir olması bu verilerin saklanması özel yaşama saygı açısından daha hassas hale getirmektedir.⁴⁵

Mahkeme parmak izinin saklanması konusunda da şu değerlendirmeyi yapmıştır; parmak izleri hücre örnekleri ve DNA profilinin içerdiği kadar çok veri içermez. Ancak, parmak izleri de bireylerin kimliğinin saptanmasına olanak tanıyan eşsiz bir veri sağlamaktadır. Parmak izlerinin saklanması bu nedenle bireyin özel yaşamını etkileme potansiyeline sahiptir. Bundan dolayı da bireyin rızası olmadan saklanması gerekir.⁴⁶

Mahkemeye göre, suçla ve özellikle de örgütlü suç ve terörizmle mücadelede kimlik tespiti ve soruşturma sürecinde modern bilimsel tekniklerin kullanılmasının önemi yadsınmaz.⁴⁷ Ancak bu davadaki sorun başvuru sahiplerinin mahkûm edilmemiş olmasıdır.⁴⁸ Hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş kişilerin verilerinin saklanması suçların önlenmesine ya da tespit edilmesine katkıda bulunmamaktadır.⁴⁹

Mahkeme, haklarında mahkûmiyet kararı verilmeyen bu kişilerin parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin saklanması Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Çünkü devlet kabul edilebilir takdir yetkisinin sınırlarını aşmış, yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında adil bir denge

⁴¹ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.68.

⁴² S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.69.

⁴³ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.72.

⁴⁴ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.75.

⁴⁵ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.76.

⁴⁶ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.84.

⁴⁷ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.105.

⁴⁸ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.106.

⁴⁹ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.117.



kuramamıştır. Bu verilerin saklanması başvuruçuların özel yaşamına saygı hakkına yönelik orantısız bir müdahaledir ve demokratik bir toplumda gerekli olan bir müdahale değildir.⁵⁰

S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararı çığır açan bir karar olarak nitelendirilmiştir.⁵¹ Karar birkaç açıdan çok önemli bir karardır. Öncelikle, Mahkeme bu kararında genetik verilerin bireyin etnik kimliğiyle bağlantısını da ele almış ve bireyin ırksal ve etnik kökenine ilişkin bilgilerin o bireyin özel yaşamının önemli bir unsuru olduğunu belirtmiştir.⁵² Ayrıca, genetik ve bilgi teknolojisi alanındaki hızlı gelişmelere vurgu yapmış ve bu durum dikkate alındığında kişinin etnik ya da diğer kökenlerini ortaya çıkaran verilerin çok daha önemli hale geleceğini açıklamıştır.⁵³ Genetik verileri hassas veri olarak değerlendirmesi de kararın önemini artıran bir husustur. Kararın verildiği tarihte 108 sayılı Sözleşmenin hassas verilerle ilgili düzenleme içeren 6. maddesinde hassas veriler arasında genetik veri açıkça sayılmamışken Mahkemenin bu verileri hassas veri olarak değerlendirmesi önemli bir gelişmedir.

Kararın diğer bir önemi de şudur; beraat etmiş ya da hakkında takipsizlik kararı verilmiş olan kişilere ya da küçüklere ilişkin biyometrik verilerin saklanması durumunda bu kişilerin lekelenme riski üzerinde durmuş olmasıdır.⁵⁴

Kararın önemli özelliklerinden biri de, yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığını saptanmasına ilişkin genel ilkelerin bu kararda ayrıntılı olarak ortaya konulmuş olmasıdır. Kararın 101 ve 102. paragraflarında bu konudaki saptamalar yer almaktadır; Bir müdahalenin meşru bir amaçla yapıldığının ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kabul edilebilmesi için bu müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca binaen yapılması gerekir. Özellikle izlenen meşru amaçla orantılı olması ve ulusal makamlar tarafından bu müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen nedenlerin bağlantılı ve yeterli olması gerekir.

Mahkeme daha sonra benzer konularda yapılan başvurulara ilişkin verdiği kararlarda S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararına atıfta bulunmuş ve orantılılık ilkesi konusunda aynı ilkeleri tekrarlamıştır.

Kararın Birleşik krallıktaki yankıları güçlü olmuştur. Hükümet bu kararı dikkate alarak biyometrik verilerin kullanımı ve saklanması alanında ortaya çıkabilecek sorunları ele alacak bağımsız bir komiser atanmasına karar vermiştir. Bu konudaki düzenleme Özgürlükleri Koruma Yasasının 20. maddesinde yapılmıştır.⁵⁵ Komiserin temel görevleri şunlardır: DNA örnekleri, DNA profili ve parmak izinin polis

⁵⁰ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.126.

⁵¹ Murauskas n (39) 235.

⁵² S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.76.

⁵³ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.71.

⁵⁴ S. and Marper v. Birleşik Krallık, par.122; par.124.

⁵⁵ Protection of Freedoms Act 2012, (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/introduction/enacted>) Erişim tarihi: 10.06.2024.

tarafından kullanımı ve saklanması konularında inceleme yapmak; DNA örnekleri, DNA profili ve parmak izinin saklanması konusunda polis tarafından yapılan başvurulara ilişkin karar vermek; çalışmalarını hakkında İçişleri Bakanına rapor sunmak.

Bu oldukça önemli bir adımdır ancak Komisere yalnızca DNA ve parmak izi örneklerinin saklanması ve kullanımı konusunda denetleme yapma yetkisi verilmiştir. Avam Kamarası Bilim ve Teknoloji Komitesi görevlendirilecek Komisere en azından yüz görüntülerinin polis tarafından saklanması ve kullanımı konusunda da denetleme yapma yetkisi verilmesini istemiştir.⁵⁶ Ancak yasada bu yönde değişiklik yapılmamıştır.

D. M.K. v. Fransa kararı

Mahkemenin S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararına atıf yaptığı kararlardan biri M.K. v. Fransa kararıdır.⁵⁷ Bu kararda biyometrik veriler içinde yer alan parmak izinin saklanması konusu ele alınmıştır. Başvurucu hakkında ilki 2004 yılında, ikincisi ise 2005 yılında olmak üzere kitap çalma suçundan iki ayrı soruşturma açılmıştır. İlk soruşturma beraat ile sonuçlanmış ikincisinin de ise takipsizlik kararı verilmiştir. Her iki soruşturma sürecinde de parmak izi alınmıştır. Bay M.K. 2006 yılında savcılığa başvurarak parmak izinin veri tabanından silinmesini istemiştir. Ancak ilk soruşturma sırasında alınan parmak izinin silinmesi kabul edilirken, ikinci soruşturma sırasında alınan parmak izinin silinmesi talebi reddedilmiştir. İç hukukta sonuç alamayan Bay M.K. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkemeye göre, iç hukukta parmak izinin saklanmasına olanak tanıyan bir yasal düzenleme mevcuttur ve bu düzenlemenin amacı suçun önlenmesidir.⁵⁸ Ancak söz konusu yasal düzenleme ceza alan kişilerle, hakkında beraat kararı ya da takipsizlik kararı verilen kişiler arasında bir ayırım yapmamaktadır. Bay M.K. ceza almamasına rağmen parmak izinin 25 yıl süreyle veri tabanında tutulmaya devam edilmesi masumiyet karinesini ihlal edecek ve onu lekelenme riskiyle karşı karşıya bırakacaktır.⁵⁹ Mahkemeye göre, bu verinin saklanması başvurusunun özel yaşamına saygı hakkına orantısız bir müdahaledir ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak görülemez. Fransız devleti, hakkında soruşturma açılmış ama mahkûmiyet kararı verilmemiş olan bir kişinin parmak izini saklamaya devam ederek takdir yetkisinin sınırlarını aşmış ve yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında adil bir denge kuramamıştır.⁶⁰

⁵⁶ Parliament of the United Kingdom House of Commons, Science and Technology Committee Sixth Report Current and future uses of biometric data and Technologies, (<https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmsctech/734/73402.htm>) Erişim tarihi: 10.06.2024.

⁵⁷ M.K. v. Fransa, (Başvuru No: 19522/09), (Karar Tarihi: 18.04. 2013).

⁵⁸ M.K. v. Fransa, par.28.

⁵⁹ M.K. v. Fransa, par.39.

⁶⁰ M.K. v. Fransa, par.43.



Mahkemenin kararında dikkat çeken saptamalardan birisi de şudur: “Savcılık ikinci soruşturma sırasında alınan parmak izinin silinmesi talebini reddederken, parmak izinin saklanması nedeniyle, Bay M.K.’nın kimliğinin birileri tarafından çalınabilme riskine karşı onu korumak olarak açıklamıştır. Şayet başvurucuyu gelecekteki olası bir kimlik hırsızlığına karşı korumak amacıyla bu verinin saklandığı argümanı kabul edilirse, bu durum uygulamada tüm Fransız halkının verilerinin saklanmasını haklı görmekle eşdeğer olacaktır. Böylesi bir durum kesinlikle aşırı ve bağlantısız olacaktır”.⁶¹ Mahkeme bu kararında potansiyel olarak ağır olmayan suçlarda parmak izinin saklanmasına, hatta nüfusun genelini kapsayacak bir veri tabanının oluşturulmasına karşı açık itirazını ortaya koyarken, ilerde tüm ulusu kapsayacak veri tabanlarının oluşturulması durumunda, ulusal ve uluslararası mahkemeler önüne getirilebilecek olan bu soruna karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görüşünü önceden açıklamış olmaktadır.⁶²

E. P.N. v. Almanya Kararı

Mahkeme, hakkında mahkûmiyet kararı bulunan kişilerin fotoğraf, parmak izi ve avuç içi izi gibi verilerinin saklanması durumunda da Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermektedir. Bunun örneklerinden biri P.N. v. Almanya kararıdır.⁶³

Başvurucu P.N. hakkında hırsızlık suçlamasıyla yıllar önce açılan bir soruşturma sırasında kendisinden parmak izi ve avuç içi izi alınmış ve fotoğrafları çekilmiştir. Bu soruşturmanın dışında da son yirmibeş yılda başvurucu hakkında çok sayıda soruşturma yapılmış ve onüç kez ceza almıştır. Mahkûmiyet kararı aldığı suçlar hafif suçlar değildir. Bunlar arasında trafik suçları, rüşvet, dolandırıcılık ve hırsızlık gibi suçlar bulunmaktadır. Bu verilerin veri tabanından silinmesi için Bay P.N. tarafından yapılan başvuru reddedilince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

Mahkemeye göre, bu dava S. ve Marper v. Birleşik Krallık ile M.K. v. Fransa davalarından şu açıdan farklıdır; her iki davada kişinin kimliğini belirleyen verilerin toplanmasına neden olan soruşturmalara devam edilmemiş ya da hakkında veri toplanmış olan kişi beraat etmiştir.⁶⁴ M.K. v. Fransa davasında verilerin yirmibeş yıl süreyle saklanması, S. ve Marper v. Birleşik Krallık davasında da verilerin süresiz saklanması söz konusudur.⁶⁵ Ancak P.N. v. Almanya davasında durum farklıdır. İç hukuk toplanan verilerin beş yıl süreyle tutulmasına izin vermektedir. Bu süre içinde eğer verileri tutulan kişi hakkında yeni bir soruşturma süreci başlatılmamışsa veriler silinmektedir. Bu davada başvurucu hakkında verilmiş olan onüç

⁶¹ M.K. v. Fransa, par.40.

⁶² Georgios Bouchagiar, *Recognised and Harmed, a Classification Approach to Facial Recognition Technologies* (Ethics International Press Ltd, UK, 2023) 104.

⁶³ P.N. v. Almanya, (Başvuru No:74440/17), (Karar Tarihi:11.06.2020).

⁶⁴ P.N. v. Almanya, par.83.

⁶⁵ P.N. v. Almanya, par.86.

mahkumiyet kararı mevcuttur.⁶⁶ Bu olgular göz önüne alındığında ulusal makamlar tarafından başvuruçunun özel yaşam hakkına yapılan müdahale haklı bir müdahaledir. Kisisel verilerin toplanması ve saklanması taraf devlet, yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında adil bir denge kurmuş ve takdir yetkisinin sınırlarını aşmamıştır. Bu nedenle, söz konusu müdahale demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilebilecek orantılı bir müdahaledir.⁶⁷

Mahkeme bu kararında fotoğraf, parmak izi ve avuç içi izi gibi verilerin toplanması ve saklanması, çok daha hassas veri niteliği taşıyan hücre örneklerinin toplanması ve DNA profillerinin saklanmasına göre özel yaşama saygı hakkına daha az müdahale oluşturduğunu açıklamıştır.⁶⁸

Mahkemenin bu yönde bir ayırım yapmış olması şu sorunun sorulmasına neden olabilir; biyometrik verilerin tümü hassas veri kategorisi içinde yer almaz mı? Bu tür bir sınıflandırmanın nasıl bir sonuç doğuracağı net değildir.⁶⁹ 108 sayılı Sözleşmeye taraf olan devletler, fotoğraf, parmak izi ve avuç içi izi gibi veriler birer biyometrik veri olmasına rağmen, Sözleşmenin hassas veriler için sağlamış olduğu ek güvenceleri sağlamaktan kaçınılırlar mı? Oysa özellikle parmak izi kimlik sap-tama ve doğrulama amacıyla çok yaygın kullanılan bir yöntemdir. Kisisel profilin ve biyometrik verinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.⁷⁰

F. Aycaguer v. Fransa kararı

Mahkeme biyometrik ve genetik verilerin saklanmasına ilişkin davalarda, hak-kında mahkûmiyet kararı verilmiş olan kişinin işlediği suçun niteliğini de dikkate alarak karar vermektedir. Bu konudaki önemli kararlarından biri Aycaguer v. Fransa kararıdır.⁷¹ Karara konu olan olay özetle şöyledir: Bay Aycaguer bir sendika tarafından düzenlenen gösteriye katılmıştır. Gösterinin sonlarına doğru göstericiler ile jandarma arasında bir itiş kakış yaşanmıştır. Bu olayların sonucunda Bay Aycaguer gözaltına alınmıştır. Yapılan yargılama sonucunda iki ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve cezanın infazı ertelenmiştir. Ceza verilmesini takiben cumhuriyet savcısı Ceza Muhakemesi Yasasına dayanarak Bay Aycaguer'den DNA örneği alınmasına karar vermiştir. Ancak Bay Aycaguer DNA örneği vermeyi reddetmiştir. Bu nedenle Bölge Mahkemesi tarafından kendisine 500 Euro para cezası verilmiştir. Temyiz mahkemesi de bu kararı onaylamıştır.

⁶⁶ P.N. v. Almanya, par.85.

⁶⁷ P.N. v. Almanya, par.90.

⁶⁸ P.N. v. Almanya, par.84.

⁶⁹ Paul de Hert-Koen Christianen, Progress Report on The Application of the Principles of Convention 108 to the Collection and Processing of Biometric Data, April 2013, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT) (<https://rm.coe.int/progress-report-on-the-application-of-the-principles-of-convention-108/1680744d81>). Erişim Tarihi: 01.06.2024.

⁷⁰ Nuraiz Sarfraz, "Adermatoglyphia: Barriers to Biometric Identification and the Need for a Standardized Alternative", (2019) 11 (2), Cureus 1.

⁷¹ Aycaguer v. Fransa, (Başvuru no. 8806/12), (Karar Tarihi: 22.06.2017).



Bay Aycaguer şu gerekçelere dayarak Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur: Verilerin saklanması konusunda iç hukukta kabul edilen süre kırk yıldır. Bu süre oldukça uzun bir süredir. Kendisi bir işi, ailesi ve sosyal çevresi olan bir kişi olduğu için gerekli durumlarda kendisine kolaylıkla ulaşılabilir. Mahkum edilmesine neden olan suçun niteliği ve ağırlık derecesi dikkate alındığında DNA profilinin kırk yıl süreyle saklanacak olması orantılılık ilkesini ihlal etmektedir.

Mahkeme Aycaguer v. Fransa kararında özellikle şu hususlar üzerinde durmuştur: İç hukuktaki yasal düzenleme verilerin kırk yıl saklanmasına izin vermektedir. Özellikle ileri yaşlardaki kişiler için bu durum verilerinin süresiz saklanacağı anlamına gelmektedir.⁷² Yasa cinsel saldırı suçu, terörizm, insanlığa karşı suçlar ve insan ticareti gibi ağır suçlar işlenmesi durumunda verilerin bu kadar uzun süre saklanmasına izin vermektedir. Oysa başvurunun ceza almasına neden olan fiil siyasi ve sendikal faaliyet kapsamında işlenmiştir.⁷³ Suçun niteliği ile verilerin saklanma süreci arasındaki orantısızlık dikkate alınarak, ceza alan kişilere de saklanan verilerinin silinmesini talep etme olanağı verilmelidir.⁷⁴ Verilerin tutulma süresinin uzun olması ve bunların silinmesini isteme olanağının tanınmamış olması nedeniyle mevcut düzenleme veri sahibi açısından etkili bir koruma içermemektedir. Bu nedenle yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında adil bir denge kurulamamıştır.⁷⁵ Bu olgular göz önüne alındığında taraf devletin takdir yetkisinin sınırlarını aştığı sonucuna varılmaktadır. Başvurucunun DNA örneği vermeyi reddettiği için ceza almış olması özel yaşamına saygı hakkına yönelik orantısız bir müdahaledir. Bu müdahale demokratik bir toplumda zorunlu bir müdahale olarak kabul edilemez. Bu nedenle 8. maddenin ihlali söz konusudur.⁷⁶

Mahkemenin bu kararındaki en önemli husus, siyasi ve sendikal faaliyet kapsamındaki fiillerinden dolayı ceza almış olan bir kişinin biyometrik verilerinin saklanması konusunu ele almış olması ve bu tür fiillerden dolayı ceza alan kişilerin biyometrik verilerinin belirsiz ya da çok uzun bir süreyle saklanmasının Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiş olmasıdır.

G. Gaughran v. Birleşik Krallık kararı

Mahkemenin, ceza almış olan bir kişinin biyometrik verilerin saklanmasının ve saklanma süresinin Sözleşmeye uygun olup olmadığına karar verirken o kişinin işlediği suçun niteliğini dikkate aldığı kararlardan biri de Gaughran v. Birleşik

⁷² Aycaguer v. Fransa, par.42.

⁷³ Aycaguer v. Fransa, par.43.

⁷⁴ Aycaguer v. Fransa, par.44.

⁷⁵ Aycaguer v. Fransa, par.45.

⁷⁶ Aycaguer v. Fransa, par.46.

Krallık kararıdır.⁷⁷ Bu kararın diğer önemli bir özelliği de, bir soruşturma sürecinde polis tarafından çekilen fotoğrafların saklanması konusunun ayrıntılı olarak incelenmiş olmasıdır.

Başvuruya konu olan olay özetle şöyledir: Bay Gaughran 2008 yılında yüksek oranda alkollü bir halde araba kullanmaktan gözaltına alınmıştır. Gözaltına alındığında fotoğrafları çekilmiş, parmak izi ve DNA örneği alınmıştır. Daha sonra mahkeme kararıyla para cezası verilmiş ve ehliyetine oniki ay süreyle el konulmuştur. Cezası 2013'te sona ermiştir. DNA örneği de 2015 yılında kayıtlardan silinmiştir. Fakat Kuzey İrlanda Polis Merkezi 2008 yılında alınmış olan fotoğraflarını, parmak izini ve DNA profilini kayıtlarından silmemiş ve belirsiz bir süreyle kayıtlarında tutma kararı almıştır. Başvurucu bu verilerinin silinmesini talep etmiştir. Ancak talebi reddedilmiştir.

Bay Gaughran fotoğraflarının, parmak izinin ve DNA profilinin veri tabanından silinmemiş olmasının Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapmıştır. Hükümet ise konuya ilişkin Mahkemeye yaptığı açıklamada bu verilerin belirsiz bir süreyle tutulmasının yasaya uygun olduğunu ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapıldığını belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruya ilişkin vermiş olduğu kararda öncelikle S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararına atıfta bulunarak DNA profillerinin ve parmak izinin saklanması özel yaşama bir müdahale olduğunu belirtilmiştir.⁷⁸ Mahkeme DNA profillerinin ve parmak izinin yanı sıra fotoğrafların saklanması da özel yaşama bir müdahale olduğunu açıklamıştır.⁷⁹ Mahkeme bu değerlendirilmesiyle, gözaltında çekilen fotoğrafların saklanması Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğini ilk kez bu kararında kabul etmiştir.

Mahkemeye göre, mevcut davada başvurunun gözaltı sürecinde çekilen fotoğraflarının polis tarafından kullanılmak üzere yerel veri tabanında belirsiz bir süre için saklanacağı ve ayrıca polisin bu fotoğraflara yüz tanıma ve yüz haritalandırma tekniği uygulayabileceği düşünüldüğünde, başvurunun fotoğraflarının çekilmesinin ve saklanmasının Sözleşmenin 8/1. maddesinde güvence altına alınan özel yaşam hakkına yönelik bir müdahale düzeyine ulaştığı konusunda Mahkemenin bir tereddüdü bulunmamaktadır.⁸⁰ Başvuru yüz tanıma teknolojisinin kullanımına ilişkin bir şikâyeti içermemesine rağmen, Mahkemenin ilerde ortaya çıkması olası olan bir riske dikkat çekmesi oldukça önemlidir.

Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar veren Mahkeme, kararını şu gerekçelere dayandırmıştır: Yetkili makamlar, başvurunun işlemiş olduğu suçun niteliğini ya da belirsiz bir süreyle verilerin saklanması ihtiyacı olup olmadığını

⁷⁷ Gaughran v Birleşik Krallık, (Başvuru No. 45245/15), (Karar Tarihi: 13.02.2020).

⁷⁸ Gaughran v Birleşik Krallık, par.63.

⁷⁹ Gaughran v Birleşik Krallık, par.64.

⁸⁰ Gaughran v. Birleşik Krallık, par.70.



ya da bu verilerin tekrar gözden geçirilmesi ihtimalinin mevcut olup olmadığı gibi durumları dikkate almaksızın DNA profillerinin, parmak izinin ve fotoğrafların belirsiz bir süre için saklanmasına karar vermiştir. Bu durum, kamu yararı ile özel yarar arasında adil bir denge kurulmasını engellemektedir. Devlet, DNA profillerinin, parmak izinin ve fotoğrafların saklanmasında geniş bir takdir yetkisi kullanmış ve bu veriler açısından yeterli güvenceyi sağlamamıştır.⁸¹ Devletin burada kullandığı taktir yetkisi kabul edilebilir sınırları aşmış ve başvuruçunun özel yaşamına saygı hakkına orantısız bir müdahale oluşturmuştur. Bu müdahale demokratik bir toplumdaki gerekli bir müdahale olarak kabul edilemez.⁸²

H. Willems v. Hollanda Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Willems v. Hollanda kararında⁸³ biyometrik pasaportlar için parmak izi alınması ve saklanması konusunu ele almıştır. Bay Willems pasaport almak için başvuru yapmak istemiş ancak başvuru sırasında parmak izi vermeyi reddettiği için başvurusu işleme konulmamıştır. Bay Willems kendisinden parmak izi alınarak, bu biyometrik verinin mikroskopik bir çip ile pasaportuna yüklenmesinin ve bir veri tabanında saklanmasının fiziksel bütünlüğüne ve özel yaşam hakkına yönelik bir müdahale olduğunu ileri sürerek karara itiraz etmiştir. Ancak itirazı şu gerekçeyle reddedilmiştir: Dijital parmak izinin pasaportlara yüklenmesi Avrupa Birliğinin 444/2009 sayılı ve 28 Mayıs 2009 tarihli Yönetmeliğinin⁸⁴ 6. maddesindeki düzenleme ile zorunlu hale getirilmiştir. Bu düzenleme iç hukukta yürürlükte olan Pasaport Yasasına da dahil edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı kimlik sahtekârlığını ve sahte pasaport kullanımını engellemektir. Pasaport almak isteyen bir kişinin parmak izi vermesi ve bu verinin saklanmasını kabul etmesi zorunludur. Bu işlemi yapmak istemeyen ve bu verinin saklanmasını kabul etmek istemeyen kişiye pasaport verilmesi mümkün değildir.

Bay Willems bu uygulamanın Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Mahkeme oybirliğiyle başvuruyu açıkça temelsiz bulup kabul edilmezlik kararı vermiş ve şu gerekçelere dayanmıştır: Taraf Devlet bu uygulamanın amacının kimlik sahtekârlığını ve sahte pasaport kullanımını engellemek olduğunu belirtmiştir. Buradaki amaç suçun önlenmesidir. Bu amaç Sözleşmenin 8. maddesine göre meşru bir amaçtır.⁸⁵ Taraf Devlet bu uygulamayı hem iç hukuktaki yasal düzenlemeye hem de Avrupa Birliğinin

⁸¹ Gaughran v. Birleşik Krallık, par.96.

⁸² Gaughran v. Birleşik Krallık, par.97.

⁸³ Willems v. Hollanda (Başvuru No: 57294/16): (Karar Tarihi:09.11. 2021).

⁸⁴ Regulation (EC) No 444/2009 of the European Parliament and of the Council of 28 May 2009 amending Council Regulation (EC) No 2252/2004 of 13 December 2004 on standards for security features and biometrics in passports and travel documents issued by Member States (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009R0444>) Erişim Tarihi: 11.04.2024.

⁸⁵ Willems v. Hollanda, par.24.

konuya ilişkin yönetmeliğine dayandırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi taraf devletlerin egemenlik hakkını Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütlere devretmesini yasaklamamaktadır. Ancak söz konusu örgütün temel haklar açısından Sözleşmenin sağladığı düzeyde bir koruma sağlaması gerekir.⁸⁶ Mahkemeye göre, temel hakların korunması konusunda Avrupa Birliğinin sağladığı koruma ilkesel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sağladığı koruma ile eşit düzeydedir.⁸⁷

İ. Glukhin v. Rusya Kararı

Glukhin v. Rusya kararı⁸⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yüz tanıma teknolojisinin kullanımı konusunda bugüne kadar vermiş olduğu tek karardır. Başvuruya konu olan olaylar özetle şöyledir: Başvurucu Bay Glukhin, politik eylemlerinden dolayı kısa bir süre önce tutuklanmış olan Konstantiv Kotov'u desteklemek amacıyla bir eylem yapmıştır. Moskova Metrosunda gerçekleştirdiği bu eylemde Konstantiv Kotov'un gerçek boyutlu bir karton maketini taşımıştır. Maketin üzerinde "Ben Konstantiv Kotov. Barışçıl eylemlerimden dolayı beş yıl hapis cezası ile karşı karşıyayım" yazmaktadır. Başvurucunun bu eylem sırasında çekilmiş olan görüntüleri sosyal medyada yer almıştır. Polis tarafından bu görüntüler kaydedilmiş ve saklanmıştır. Bu görüntülerden Bay Glukhin'in kimliği ve adresi saptanmıştır. Bu duruma ilişkin bilgiler 24 Ağustos 2019 tarihinde hazırlanmış olan polis raporunda yer almaktadır. Yine aynı tarihte hazırlanmış olan bir başka polis raporunda da metro istasyonunda kapalı devre kameralardan elde edilen görüntülerin alınıp izlendiği ve başvurucuya ait olduğu anlaşılan kısımların ekran görüntüsünün alınarak saklandığı açıklanmıştır. Bay Glukhin 30 Ağustos'ta gözaltına alınmıştır. Polisler onun kimliğini Moskova Metrosunda bulunan yüz tanıma kapasitesine sahip kameralardan saptadıklarını Bay Glukhin'e söylemişlerdir.

Hakkında yürütülen soruşturma sonucunda Bay Glukhin'e 20.000 Rus rublesi para cezası verilmiştir. Rusya'da yürürlükte olan yasal düzenlemeye göre, bu tür eylemler hakkında önceden yetkililere bildirimde bulunmak zorunludur. Bay Glukhin'e bu yükümlülüğü yerine getirmediği gerekçesiyle para cezası verilmiştir. Bu karar verilirken sosyal medyadan elde edilen ekran görüntüleri ve Moskova Metrosunun güvenlik kamerasından elde edilen görüntüler delil olarak kullanılmıştır. Ancak yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığına ilişkin bir açıklamaya kararda yer verilmemiştir.

Bay Glukhin şu gerekçeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur: Moskova Metrosunda bulunan kameralarla görüntüsü alınmış, yüz tanıma teknolojisiyle kimliği saptanmış ve bu verilere dayanılarak kendisine ceza verilmiştir. Kendisinin video görüntülerinin toplanmasına, saklanmasına ve kullanılmasına izin

⁸⁶ Willems v. Hollanda, par.26.

⁸⁷ Willems v. Hollanda, par.27.

⁸⁸ Glukhin v. Rusya, (Başvuru No: 11519/20), (Karar Tarihi: 04.07.2023).

veren bir yargı kararı mevcut değildir. Kendisi hakkında karar verilirken dayanılan yasal düzenleme ise oldukça soyuttur. Başvurucuya göre, özel yaşamına yapılan bu müdahalenin tek nedeni yapmış olduğu barışçıl bireysel göstereğidir.

Mahkeme kararını verirken Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından 2020 yılında yayınlanmış olan "Barışçıl Gösteriler de Dahil Toplanma Özgürlüğü Kapsamında İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Alanında Yeni Teknolojilerin Etkisi" başlıklı rapor⁸⁹ üzerinde ayrıntılı durmuş ve özellikle Rapordaki şu hususlara vurgu yapmıştır: Rapora göre, toplantılara katılan kişilerin kimliklerini saptamak amacıyla yüz tanıma teknolojisinin kullanılması, şayet etkili bir güvence sağlanmazsa, özel yaşam hakkı, ifade özgürlüğü ve barışçıl gösteri özgürlüğü üzerinde çok ciddi olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bir kişinin yüz görüntüsünü kişinin rızası olmadan kaydetmek, analiz etmek ve saklamak özel yaşam hakkına bir müdahaledir. Görüntü kaydı ve yüz tanıma teknolojisinin kullanımı ancak bu önlemlerin meşruluk, gereklilik ve orantılılık testini karşılaması durumunda mümkün olabilir. Yetkili makamlar toplantılara katılanları kayıt altına almaktan mümkün olduğunca kaçınmalıdırlar. Ancak ciddi şekilde suç işleme riski olması durumunda bu yola başvurulabilir. Barışçıl bir şekilde toplantılara katılan kişilerin kimliğini saptamak amacıyla yüz tanıma teknolojisinin kullanımı kesinlikle yasaklanmalıdır.

Mahkeme öncelikle şu hususa dikkat çekmiştir: Hükümet, yüz tanıma teknolojisi kullanılarak kimliğinin saptandığına ilişkin başvuru tarafından ileri sürülen iddiayı reddeden bir açıklama yapmamıştır.⁹⁰ Rusya'da protesto gösterilerine katılan kişilerin kimliğinin yüz tanıma teknolojisiyle saptandığına ilişkin bazı vakalar hakkında kamuya yansıyan bilgiler mevcuttur.⁹¹ Dahası, başvuru sahibinin iddiaları karşısında hükümet mevcut yasal düzenleme ile metrodaki kapalı devre kamera sistemiyle hedef kişilerin kimliğinin saptanmasının amaçlandığını açıklamıştır. Hükümetin yapmış olduğu bu açıklama, mevcut vakada yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığına ilişkin dolaylı bir kabul olarak değerlendirilebilir.⁹² Başvuru sahibinin kimliğinin hızlı bir şekilde nasıl saptandığı konusunda hükümet tarafından herhangi bir açıklama yapılmadığı gerçeği ve diğer tüm olgular dikkate alındığında, Mahkeme mevcut vakada yüz tanıma teknolojisinin kullanılmış olduğu sonucuna varmaktadır.⁹³

⁸⁹ The report of the United Nations High Commissioner for Human Rights of 24 June 2020 entitled "Impact of new technologies on the promotion and protection of human rights in the context of assemblies, including peaceful protests" (UN Doc. A/HRC/44/24)(<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/154/35/pdf/g2015435.pdf?token=qcXaTMihZum8H9y2e&fe=true>) Erişim Tarihi: 11.05.2024.

⁹⁰ Glukhin v. Rusya, par.69.

⁹¹ Glukhin v. Rusya, par.70.

⁹² Glukhin v. Rusya, par.71.

⁹³ Glukhin v. Rusya, par.72.

Mahkeme mevcut müdahalenin yasallığı ve meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı konusunda şu değerlendirmeyi yapmıştır: Rusya’da metrolarda bulunan yüz tanıma sistemini içeren kamera sisteminin sağladığı görüntülere polisin erişmesine olanak tanıyan yasal düzenleme mevcuttur.⁹⁴ Ancak, bu konuda yapılan yasal düzenlemlerde yüz tanıma teknolojisinin kullanımı konusunda keyfilik ve kötüye kullanımın önüne geçilebilmesi için güçlü güvenceler sağlanmalı, bu yöntemin uygulanması ve kapsamı konusunda ayrıntılı kurallar belirlenmelidir.⁹⁵ Mevcut yasal düzenleme ise, yüz tanıma teknolojisinin hangi amaçlarla kullanılacağı ve kimleri hedef alacağı gibi konularda hiçbir sınırlama içermemektedir. Dahası, hükümet Rusya’da yüz tanıma teknolojisinin kullanımı sonucunda elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve saklanması konusunda izlenecek prosedürler, denetim mekanizması ve ulaşılabilir hukuki çözümler gibi konularda hiçbir açıklama yapmamıştır.⁹⁶

Mahkeme’ye göre, günümüzde Avrupa toplumlarının karşı karşıya olduğu sorunlardan biri olan başta organize suçlar ve terör suçları olmak üzere suçlarla mücadele edilmesi büyük ölçüde modern bilimsel tekniklerin kullanımına bağlıdır. Ancak suçların saptanması ve soruşturulmasında bu tekniklerin önemini Mahkeme kabul ederken inceleme alanını daraltmak zorundadır. Burada sorun, biyometrik verilerin yüz tanıma yöntemiyle işlenmesinin Sözleşmeye göre genel olarak haklı görülüp görülmeceği sorunu değildir. Mahkemenin burada vereceği karar, mevcut davada başvuruçunun kişisel verilerinin işlenmesinin Sözleşmenin 8/2. maddesi altında haklı görülüp görülmeceğidir.⁹⁷ Bu vakada işlenmiş olan veriler başvuruçunun yapmış olduğu barışçıl bir protestoya ilişkin olan ve onun siyasi görüşlerini ortaya koyan verilerdir. Bu nedenledir ki hassas veriler özel kategorisi içinde yer almakta ve yüksek düzeyde korumayı gerektirmektedir.⁹⁸ Başvuruçuya ceza verilmesinin nedeni önceden bildirimde bulunmaksızın bireysel bir gösteri düzenlemiş olmasıdır. Başvuruçucu herhangi bir şekilde şiddete başvurmak, mülkiyete zarar vermek ya da trafiğe engel olmak gibi fiillerle suçlanmamıştır. Başvuruçunun eyleminin kamu düzenine karşı bir tehlike oluşturduğu iddiası da hükümet tarafından ileri sürülmemiştir.⁹⁹ Bu durumda, yüz tanıma teknoloji kullanılarak başvuruçunun kimliğinin saptanması ve gözetimine alınmış olması zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmamaktadır.¹⁰⁰ Tüm bu olgular dikkate alındığında, ifade özgürlüğü hakkını kullanmış olan başvuruçuya yönelik olarak yüz tanıma teknolojisinin kullanılması Sözleşmenin oluşturmayı ve geliştirmeyi hedeflediği demokratik bir toplumun idealleri ve değerleriyle bağdaşmamaktadır. Bu tür bir fiilden dolayı yüz tanıma teknolojisi kullanılarak başvuruçunun kişisel verilerin işlenmiş olması; sosyal medyada

⁹⁴ Glukhin v. Rusya, par.81.

⁹⁵ Glukhin v. Rusya, par.82.

⁹⁶ Glukhin v. Rusya, par.83.

⁹⁷ Glukhin v. Rusya, par.85.

⁹⁸ Glukhin v. Rusya, par.86.

⁹⁹ Glukhin v. Rusya, par.88.

¹⁰⁰ Glukhin v. Rusya, par.89.



yayınlanan fotoğraf ve görüntülerinden kimliğinin saptanması ve gözüne alınmış olması “demokratik bir toplumda zorunlu bir müdahale olarak” değerlendirilemez.¹⁰¹ Bu nedenlerden dolayı 8. maddenin ihlali sözkonusudur.¹⁰²

Mahkemenin bu kararı yüz tanıma teknolojilerinin yasaklanmasına ilişkin Avrupa genelinde sürdürülen tartışmaları alevlendirmiştir. Ancak, Mahkemenin yaklaşımı bu teknolojinin kullanımının yasaklanması yönünde değildir. Mahkeme bu konuda aktif bir yaklaşım ortaya koymamış, yasal olarak kullanımı konusunda esnek bir değerlendirme yapmıştır. Yüz tanıma yöntemi konusunda uygulanacak yasalar hakkında spesifik standartlar ve ilkeler belirleyebilecek iken ve bu teknolojinin kamusal alanda kullanımına net yasal sınırlamalar koyabilecek iken bunu yapmaktan kaçınmıştır. Konuyu yalnızca mevcut davada başvurucuya ait bir biyometrik verinin işlenmesinin Sözleşmenin 8/2 maddesi altında haklı görülüp görülemeyeceği açısından ele almıştır.¹⁰³

Mahkeme, yüz tanıma teknolojisinin kullanımında keyfilik ve kötüye kullanımın önüne geçilebilmesi için yapılacak yasal düzenlemelerde güçlü güvenceler sağlanmasının önemi üzerinde durmuş ancak bu güvencelerin neleri içermesi konusunda ayrıntılı bir açıklamaya yer vermemiştir.

Yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığı durumlarda işlenen görüntülerin alındığı alanda bulunan herkes hiçbir ayırım yapılmaksızın bu yöntemin inceleme alanına dahil olmaktadır. Bu yöntemin yaygın bir şekilde kullanılması durumunda, kamuya açık alanlarda görüntüleri alınan herkesi içeren bir veri tabanının oluşturulması tehlikesi mevcuttur. Mahkeme bu tehlike üzerinde hiç durmamıştır.

Kararın eleştirilen yönleri olmasına rağmen oldukça önemli bir karardır. Rusya 16 Eylül 2022 tarihinden itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle söz konusu karar Rusya açısından bağlayıcı değildir ama Avrupa genelinde güvenlik gerekçesiyle yüz tanıma teknolojisinin kamusal alanda yaygın bir şekilde kullanılıyor olması bu kararı önemli kılmaktadır.

Yüz tanıma teknolojilerin ve diğer biyometrik kimlik saptama yöntemlerinin güvenlik amacıyla kullanımı haklı görülebilir. Ancak bunların kötüye kullanımını önlemek için bir denetim mekanizmasının olması gerekir. Vatandaşlar biyometrik yüz tanıma sistemi hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmeli, bu sistemin kullanımı spesifik ve haklı amaçlarla sınırlı olmalı. Bu konuda yasal düzenleme yapılmalı ve sistemin kullanımı yargısal denetime tabi olmalıdır.¹⁰⁴

¹⁰¹ Glukhin v. Rusya, par.90.

¹⁰² Glukhin v. Rusya, par.91.

¹⁰³ Isadora Neroni Rezende, Glukhin and the EU regulation of facial recognition: Lessons to be learned?, 19 September 2023, European Law Blog, News and Comments on EU Law, (<https://europeanlawblog.eu/2023/09/19/glukhin-and-the-eu-regulation-of-facial-recognition-lessons-to-be-learned/>) Erişim Tarihi: 19.05.2024.

¹⁰⁴ Smith and Miller, n (16) 174.

SONUÇ

Bir kişiye ait biyometrik ve genetik veriler o kişiyi diğer kişilerden ayırt edecek eşsiz özelliklerini ortaya koymaktadır. Hassas veri kategorisi içinde yer alan bu veriler kişilerin temel özelliklerini oluşturan verilerdir. Bu nedenle bu veriler için diğer kişisel verilere göre daha güçlü bir korumanın sağlanması zorunludur. Özellikle son yıllarda gerçekleşen teknolojik ilerlemeler bu verilerin toplanmasını ve işlenmesini daha kolaylaştırmış ve bunların daha güçlü bir şekilde korunmasına duyulan ihtiyacı daha da artırmıştır.

Avrupa Konseyi üyesi devletler de dâhil olmak üzere devletler bu verileri yoğun bir şekilde toplamakta, işlemekte ve oluşturulan ulusal veri tabanlarında saklamaktadırlar. Bunu yaparken çoğunlukla güvenlik gerekçesine dayanmaktadırlar. Ancak, bu işlemler yapılırken özel yaşam hakkı da dâhil olmak üzere, insan haklarının ve temel özgürlüklerinin korunması ile güvenlik konusunda dengenin kurulması son derece önemlidir.

Avrupa Konseyi de bu alanda duyulan ihtiyacı dikkate alarak özellikle 1980'lerden itibaren bu konuda uygulanması gereken kuralları belirlemeye başlamış ve Konsey üyesi devletlere bu kuralları iç hukuklarına dahil etme çağrısı yapmıştır. Her bir üye devletin Avrupa Konseyi tarafından bu alanda kabul edilen Sözleşmeleri ve tavsiye kararlarını dikkate alarak iç hukuklarında gerekli yasal düzenlemeleri yapmaları ve bu düzenlemelere aykırı yapılan işlemlere karşı etkili bir yargısal denetim olanağı sağlamaları zorunludur.

Biyometrik ve genetik veriler konusunda Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin bugüne kadar vermiş olduğu kararlar da oldukça önemlidir. Mahkeme bu alanda vermiş olduğu kararlar ile özellikle biyometrik ve genetik verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanması açısından temel önemde olan ilkeleri ortaya koymuştur. Mahkeme özel yaşamın korunması açısından biyometrik ve genetik verilerin korunmasının temel önemde olduğu gerçeği üzerinde ısrarla durmuş ve Sözleşmeye taraf olan devletlerin bu konuda uymaları gereken kuralları ayrıntılı bir şekilde belirlemiştir.

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hem Konsey tarafından kabul edilen düzenlemeleri iç hukuklarına yansıtmaları ve hem de Mahkemenin verdiği kararlar doğrultusunda uygulamalarında aksayan hususları gözden geçirmeleri durumunda biyometrik ve genetik veriler açısından etkili bir koruma sağlanması mümkün olacaktır.

KAYNAKLAR

Bennett C.J ve Raab C.D, *The Governance of Privacy Policy Instruments in Global Perspective*, (Ashgate Publishing Company, England, 2004).

Beyleveld D ve Taylor M.J. "Data protection, Genetics and Patents for Biotechnology", (2007) 14 *European Journal of Health Law*, 177-187.

Bouchagiar G, *Recognised and Harmed, a Classification Approach to Facial Recognition Technologies*, (Ethics International Press Ltd, UK 2023).



Dixon P, "A Failure to "Do No Harm"—India's Aadhaar Biometric ID Program and Its Inability to Protect Privacy in Relation to Measures in Europe and the U.S.", (2017) 7(4), *Health Technol.(Berl)*, 539-567.

De Gorgey A, "The Advent of DNA Databanks: Implications for Information Privacy", (1990) XVI (3) *American Journal of Law and Medicine*, 381-398.

Fernandez H.K, "Genetic Privacy, Abandonment, and DNA Dragnets: Is Fourth Amendment Jurisprudence Adequate?", (2005) 35 (1) *The Hastings Center Report*, 21-23.

Gertz R., "Is it 'Me' or 'We'? Genetic Relations and the Meaning of 'Personal Data' Under the Data Protection Directive", (2004) 11 *European Journal of Health Law*, 231-244.

Hert P.D ve Christianen K, "Progress Report on The Application of the Principles of Convention 108 to the Collection and Processing of Biometric Data", (2013), Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT) (<https://rm.coe.int/progress-report-on-the-application-of-the-principles-of-convention-108/1680744d81>) Erişim Tarihi: 01.06.2024.

Hodge J.G, "Privacy and Antidiscrimination Issues: Genetics Legislation in the United States", (1998) 1(3) *Community Genetics*, 169-174.

Hondius F.W, "Protecting Medical and Genetic Data", (1997) 4 *European Journal of Health Law*, 361-388.

Kwiatkowski P, "European Court of Human Rights Case Law on Genetic Information in the Scope of International Biomedical Law", (2020) 11 *Adam Mickiewicz University Law Review*, 119-137.

McCormack D, "Can Corporate America Secure Our Nations? An Analysis of the Identix Framework for the Regulation and Use of Facial Recognition Technology", (2003) 9(1) Issue 1, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 128-155.

Mclaughlin M.M ve Vaupel S, "Constitutional Right of Privacy and Investigative Consumer Reports: Little Brother is Watching You", (1975) 2 (3) *Hasting Constitutional Law Quarterly*, 773-828.

Milligan C.S, "Facial Recognition Technology, Video Surveillance, and Privacy", (1999) 9 (1) *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 295-333.

Murauskas D, "Predictive Analytics in crime Prevention and the European Convention on Human Rights: Tackling Risks in Privacy and Fair Trial Frameworks", (2021) 97 *Acta Universitatis Lodzianis Folia Iuridica*, 225-250.

Nelkin D ve Andrews L, "Surveillance Creep in the Genetic Age", David Lyon (edt), *Surveillance as Social Sorting Privacy, Risk and Digital Discrimination*, (Routledge, 2003) 94-109.

Pearce G ve Platten N, “Achieving Personal Data Protection in the European Union”, (1998) 36 (4) Journal of Common Market Studies, 529-547.

Rezende I.N, “Glukhin and the EU regulation of facial recognition: Lessons to be learned?”, 19 September 2023, European Law Blog, News and Comments on EU Law, (<https://europeanlawblog.eu/2023/09/19/glukhin-and-the-eu-regulation-of-facial-recognition-lessons-to-be-learned/>) Erişim Tarihi: 19.05.2024.

Sarfraz N, “Adermatoglyphia: Barriers to Biometric Identification and the Need for a Standardized Alternative”, (2019) 11 (2) Cureus, 1-12.

Schwartz P.M, “European Data Protection Law and Restrictions on International Data Flows”, (1995) 80 (3) IOWA Law Review, 471-496.

Smith M ve Miller S, “The Ethical Application of Biometric Facial Recognition Technology”, (2022) 37, AI & SOCIETY, 167-175.

Sykes C.J, The End of Privacy, Personal Rights in the Surveillance Society, (St. Martin’s Press, 1999).

Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber, Kişisel Verileri Koruma Kurulu yayını, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7047/Biyometrik-Verilerin-Islenmesinde-Dikkat-Edilmesi-Gereken-Hususlara-Iliskin-Rehber>) Erişim Tarihi: 07.05.2024.

Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981, European Treaty Series-No.108 (<https://rm.coe.int/1680078b37>) Erişim Tarihi: 25.05.2024.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.1950, European Treaty Series - No. 5 (<https://rm.coe.int/1680063765>) Erişim Tarihi:17.04.2024.

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 4.IV.1997, European Treaty Series-No.164. (<https://rm.coe.int/168007cf98>) Erişim Tarihi: 17.05.2024.

Guidelines on facial recognition. Adopted by the Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108), Council of Europe, June 2021 (<https://rm.coe.int/guidelines-facial-recognition-web-a5-2750-3427-6868-1/1680a31751>) Erişim Tarihi: 10.05.2024.

Guide to the preparation of contractual clauses governing data protection during the transfer of personel data to third parties not bound by an adequate level of data protection (2002) Prepared by the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD) in 2002 (<https://rm.coe.int/090000168068416c>) Erişim Tarihi: 01.06.2024.



Protection of Freedoms Act 2012 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/introduction/enacted>) Erişim Tarihi: 10.06.2024.

Parliament of the United Kingdom House of Commons, Science and Technology Committee Sixth Report Current and future uses of biometric data and Technologies, (<https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cm-sctech/734/73402.htm>) Erişim tarihi: 10.06.2024.

Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, 10.X.2018, Council of Europe Treaty Series - No. 223 (<https://rm.coe.int/16808ac918>) Erişim Tarihi:01.05.2024.

Progress report on the application of the principles of Convention 108 to the collection and processing of biometric data (2005) (<https://rm.coe.int/16806840ba>) Erişim Tarihi: 08.05.2024.

Recommendation No. R (92) 1 on the Use of Analysis of Deoxyribonucleic Acid (DNA) within the Framework of the Criminal Justice System, Adopted by the Committee of Ministers on 10 February 1992 at the 470th meeting of the Ministers' Deputies (10.02.1992) (<https://rm.coe.int/16804e54f7>) Erişim tarihi: 17.05.2024.

Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data Adopted by the Committee of Ministers on 13 February 1997 at the 584th meeting of the Ministers' Deputies (13.02.1997) (<https://rm.coe.int/cmrec-97-5-on-the-protection-of-medical-data/1680a43b64>) Erişim Tarihi: 18.05.2024.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>) Erişim Tarihi: 08.05.2024.

Regulation (EC) No 444/2009 of the European Parliament and of the Council of 28 May 2009 amending Council Regulation (EC) No 2252/2004 of 13 December 2004 on standards for security features and biometrics in passports and travel documents issued by Member States (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009R0444>) Erişim Tarihi: 11.04.2024.

The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, The need for a global consideration of the human rights implications of biometrics, Resolution 1797 (2011) (<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17968&lang=en>) Erişim Tarihi: 04.06.2024.

The report of the United Nations High Commissioner for Human Rights of 24 June 2020 entitled "Impact of new technologies on the promotion and protection of human rights in the context of assemblies, including peaceful protests" (UN Doc. A/HRC/44/24) (<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/154/35/pdf/g2015435.pdf?token=qeCXaTMihZum8H9y2e&fe=true>) Erişim Tarihi: 11.05.2024.

GEÇİCİ İTHALAT YOLUYLA ÜLKEYE GİREN YABANCI PLAKALI MOTORLU KARA TAŞITLARI VE ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

*Foreign-Plated Motor Vehicles Entering the Country Through Temporary
Importation and Compulsory Liability Insurance*

Ahmet Onur ÇATAKLI*

Özet

Yabancı plakalı motorlu kara taşıtları, geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapmakta ve geçici olarak yurt içinde kullanılmaktadır. Bu geçici ithalat halinde aranan şartlar ve buna ilişkin usul ve esaslar gümrük mevzuatında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yabancı plakalı motorlu karayolu taşıtının Türkiye’de geçerli zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunması bu şartlarla birlikte gümrük mevzuatında yer almasına rağmen, bu zorunluluğun asıl hukuki kaynağı karayolları trafik mevzuatıdır. Geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapan motorlu kara taşıtının Türkiye’de geçerli bir zorunlu mali sorumluluk sigortası veya ona eşdeğer uluslararası geçerliliği olan bir sigorta sertifikasının (yeşil kart) bulunması gerekir. Aksi halde, bu taşıtlar için Türkiye’ye girişi sırasında zorunlu mali sorumluluk sigortası yapılacaktır. Sınırdan yapılan bu sigorta, Türkiye’de tescil edilen yerli plakalı araçlar için yapılan sigortadan daha kısa süreli olabilir. Ancak, sigortanın kapsamı bakımından yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının Türkiye’de tescil edilen yerli plakalı taşıtlarla aynı esasları tabi olması lazımdır. Nihayetinde de konunun gümrük mevzuatı yerine münhasıran karayolları trafik mevzuatında düzenlenmesi uygun olacaktır. İlaveeten, yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için zorunlu mali sorumluluk sigortası gerekliliğinin yerine getirilmemesi durumunda ise bunun hukuki sonuçlarını da gümrük mevzuatında değil, karayolları trafik mevzuatında aramak gerekir.

Anahtar Kelimeler: Geçici İthalat, Gümrük, Trafik Sigortası, Yeşil Kart, Sorumluluk, Trafik Kazaları

Abstract

Motor vehicles with foreign license plates enter into the country through temporary import regime and are used temporarily within the country. The conditions required for this temporary import and the relevant procedures and principles are regulated in detail in the customs legislation. Although the requirement of holding a compulsory liability insurance valid in Türkiye for motor vehicles with foreign license plates is included in the customs legislation along with the rules and

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.07.2024
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Doktora Öğrencisi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, ahmetonurcatakli@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4004-8880>.

Bu araştırma makalesi, Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği m. 43/5 gereğince, tez savunma sınavına girebilmek için gerekli olan tezle ilişkili makale şartı sebebiyle, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanmakta olan “Milletlerarası Özel Hukukta Motorlu Araç İşletilmesinden Doğan Sorumluluk” başlıklı doktora tez çalışmasından üretilmiştir.



procedures regarding temporary import regime, its main legal source is the road traffic legislation. Motor vehicles entering the country through temporary importation must have a compulsory liability insurance valid in Türkiye or an equivalent internationally recognized insurance certificate (green card). Otherwise, compulsory liability insurance for this kind of motor vehicles must be finalized at the time of entry to the country. This frontier insurance may have shorter term than the vehicles with domestic license plates registered in Türkiye have. However, in terms of the scope of insurance coverage, motor vehicles with foreign license plates must be subject to the same principles as vehicles with domestic license plates registered in Türkiye. Ultimately, it would be appropriate to regulate the issue exclusively in the road traffic legislation instead of the customs legislation. In addition, in the event that the compulsory liability insurance requirement for motor vehicles with foreign license plates is not fulfilled, the legal consequences should be sought in the road traffic legislation, not in customs legislation.

Key Words: Temporary Importation, Customs, Traffic Liability Insurance, Green Card, Liability, Traffic Accidents.

GİRİŞ

Geçici ithalat rejimi 4458 sayılı Gümrük Kanunu¹ (GK) ve Gümrük Yönetmeliği² hükümlerinde düzenlenen bir gümrük rejimi olup eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesi'nde geçici olarak bulunması ve kullanılmasına imkan sağlamaktadır. Yabancı plakalı karayolu taşıtları da geçici ithalat yoluyla yurda girmektedir.

Yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının yurda girişinde aranan şartlardan biri de Türkiye'de geçerli zorunlu mali sorumluluk sigortasının (trafik sigortası) bulunmasıdır. Zorunlu mali sorumluluk sigortası, karayollarında gerçekleşen trafik kazalarında üçüncü kişiler nezdinde oluşan zararların karşılanmasına yönelik olup buna ilişkin temel düzenleme 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu³ (KTK) olmaktadır.

Çalışmamız da esasen KTK'da düzenlenen mali sorumluluk sigortası zorunluluğunun geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapan yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için uygulanması ve buna ilişkin olarak gerek karayolları trafik mevzuatı gerekse de gümrük mevzuatında yer alan düzenlenmelerin incelenmesine yöneliktir. Bu amaçla öncelikle genel olarak geçici ithalat rejimi ve karayolu taşıtlarının geçici ithalat yoluyla yurda giriş usul ve esasları incelenecek, akabinde bu taşıtlar için karayolları trafik mevzuatı ve gümrük mevzuatında öngörülen sigorta zorunluluğunun mahiyeti tartışılacaktır. Son olarak da yabancı plakalı motorlu karayolu taşıtları için zorunlu mali sorumluluk sigortasının yapılmamasının hukuki sonuçları ele alınacaktır.

Esas itibarıyla, KTK'da işletenin sorumluluğu ve sigorta bahsinde genel olarak "araç" kavramı kullanılırken; geçici ithalata ilişkin gümrük mevzuatı, yabancı plakalı motorlu taşıtlar için sigorta zorunluluğunu düzenleyen KTK m. 91/6 hükmü ve konuya ilişkin olarak ikincil düzenlemelerde "taşıma aracı", "taşıt" veya "karayolu taşıtı" kavramının kullanıldığı görülmektedir⁴. Bu çerçevede, motorsuz taşıt-

¹ Resmi Gazete T. 4/11/1999, S. 23866.

² Resmi Gazete T. 7/10/2009, S. 27369 (Mükerrer).

³ Resmi Gazete T. 18/10/1983, S. 18195.

⁴ KTK m. 3 hükmüne göre, "...Araç: Karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı

lar için sigorta zorunluluğu olmadığı için⁵ de çalışmamızda genel olarak “motorlu kara taşıtı” kavramının kullanılmasına özen gösterilmiştir. Bununla birlikte, KTK m. 85/1 hükmünde düzenlenen motorlu araç işletenlerin sorumluluğu ve KTK m. 91/1 hükmünde yer alan işletenin sigorta yaptırma zorunluluğundan bahsedilirken mevzuatla uyumlu olarak “motorlu araç” kavramına da yer verilmiştir.

A. Genel Olarak Geçici İthalat Rejimi ve Düzenlenmesi

Geçici ithalat rejimi, serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen ya da kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın Türkiye Gümrük Bölgesi içinde kullanılması ve bu kullanım sırasındaki olağan yıpranma dışında herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeniden ihracına olanak sağlayan bir gümrük rejimidir (GK m. 128). Geçici ithalat rejiminde geçici ithal eşyası, belirli bir süreliğine Türkiye Gümrük Bölgesine girerek iç piyasada etkisini gösterir⁶. Eşyanın sergilenmesi, tamiri veya kullanılması gibi tüketilmeye imkan vermeyen faaliyetler bu rejim kapsamında yürütülür⁷. Geçici ithalatın temel esasları ise; geçici ithalata konu olan eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesinde değişime veya işçiliğe konu olmaması, ilgili eşyanın tüketilmeden öngörülen sürede Türkiye Gümrük Bölgesi dışına çıkarılması, eşyaya Türkiye Gümrük Bölgesinde bulunduğu süre içerisinde ticaret politikası önlemlerinin uygulanmaması ve eşyanın geçici ithalat rejimine konu olabilmesi için Türkiye Gümrük Bölgesine getirilmesi ve bulunmasının izne tâbi olmasıdır⁸. Geçici ithalat rejiminde amaç geçici ithalat rejimine tabi tutulan eşyanın bir işlem veya işçilik olmaksızın asli nitelikleri korunarak yurt içinde kullanımıdır⁹. Geçici ithalat rejiminde eşya kiralanamaz, ödünç verilemez, bir başkasının kullanımına bırakılamaz veya başkasına satılamaz¹⁰. GK m. 129/1 hükmüne göre geçici ithalat izni, eşyayı kullanan veya kullandıran kişinin talebi üzerine gümrük idarelerince verilecektir.

taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır. Taşıt: Karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere “motorlu taşıt” insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere “motorsuz taşıt” denir(...).” Bu itibarla, araç kavramının taşıt kavramına göre daha geniş olduğu söylenebilir: Bknz. Ayşe Havutçu ve Emre Gökyayla, Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Sorumluluk (Seçkin 1999) 24.

⁵ KTK m. 103 hükmü uyarınca “*Motorsuz taşıtlar ile motorlu bisiklet sürücülerinin hukuki sorumluluğu genel hükümlere tabidir*” şeklindeki düzenleme sebebiyle bu araçlar için mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu olmadığı hakkında bknz. Yargıtay 19. CD, E. 2019/32669, K. 2021/4861, T. 26.04.2021 <karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

⁶ Mehmet Yüce ve Ali Çelikkaya, *Örnek Uygulamalarla Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları* (Dora 2016) 63.

⁷ Abdulkadir Tekin ve Ümit Engin Tekin, *4458 Sayılı Gümrük Kanunu’na Göre Gümrük İşlemleri: Mevzuat-Teori-Uygulama-Vergilendirme* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2018) 184.

⁸ Murat Cantez, *Uygulamalı Gümrük Mevzuatı* (Öz Baran Ofset 2008) 173.

⁹ Remzi Akçin, *Tüm Yönleriyle Gümrük İşlemleri* (Poyraz 2021) 723.

¹⁰ Akçin (n 9) 736; Tekin ve Tekin (n 7) 184.



Geçici ithalat rejiminde tam muafiyet ve kısmi muafiyet şeklinde iki temel yaklaşım bulunmaktadır¹¹: Tam muafiyet suretiyle geçici ithalatta eşyanın serbest dolaşıma girmesi halinde ödenmesi gereken vergiler karşılığında teminat alınırken, kısmi muafiyet suretiyle geçici ithalatta eşyanın serbest dolaşıma girişinde alınması gereken vergilerin her ay itibarıyla %3'ünün alınması esas olup tescil tarihinde ilgili eşyanın gümrük vergilerinin %3'ü tahsil edilirken kalanı teminata bağlanır. İthal vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejiminin uygulanabileceği durumlar ve özel şartlar Cumhurbaşkanınca tespit edilir (GK m. 131).

Bu çerçevede, 2009/15481 sayılı 4458 Sayılı Gümrük Kanununun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında Karar'ın¹² dördüncü kısmının birinci bölümünde ithalat vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejiminin uygulanabileceği haller yedi ayrımda sayılmış olup birinci ayırım taşıma araçlarına ilişkindir. Tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejiminden faydalanacak mal gruplarının öğretide¹³ de taşıtlar ve taşıtlar dışında tam muafiyete tabi eşya olarak da ayrıldığı görülmektedir. İşbu çalışmada da tam muafiyetle geçici ithalata konu olacak kara taşıtlarının incelenmesi söz konusudur.

Ayrıca geçici ithalatın uluslararası mal dolaşımında teşkil ettiği önem doğrultusunda uluslararası hukuk metinlerinin de bulunduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. 1990 tarihinde geçici ithalata ilişkin gümrük rejimlerinin basitleştirilmesi ve uyumlaştırılması ile konuyla ilgili uluslararası sözleşmeleri birleştirmek amacıyla Geçici İthalat Sözleşmesi¹⁴ (İstanbul Sözleşmesi) oluşturulmuş ve ülkemiz 2004 yılında bahse konu Sözleşmeye taraf olmuştur. Geçici İthalat Sözleşmesi'nde "Ek-C" ise Taşıma Araçlarıyla İlgili Ek olarak karşımıza çıkmakta ve taşıma araçlarının geçici ithalatını düzenlemektedir. Sözleşme uyarınca ticari veya özel kullanım amaçlı taşıma araçlarına geçici ithalat hakkı tanınır (EK-C, m. 2/1-a). Motorlu kara taşıtlarının geçici ithaliyle ilgili olarak, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, 4 Haziran 1954 tarihinde New York'ta imzalanan Özel Yol Taşıtlarının Geçici İthalatıyla İlgili Gümrük Sözleşmesi ve 18 Mayıs 1956 tarihinde Cenevre'de imzalanan Ticari Yol Taşıtları Geçici İthalatıyla İlgili Gümrük Sözleşmesi Ek-C'yi kabul eden ve bu Sözleşmelere taraf Âkit Taraflar arasında yürürlükten kaldırılmıştır ve Geçici İthalat Sözleşmesi bu Sözleşmelerin yerine geçmektedir (EK-C, m. 11).

¹¹ Bknz. Akçin, (n 9) 723 vd.; Canitez (n 8) 173 vd.

¹² Resmi Gazete T. 7/10/2009, S. 27369.

¹³ Akçin, (n 9) 724 vd.

¹⁴ Convention on Temporary Admission, <<https://www.wcoom.org/en/about-us/legal-instruments/~media/2D53E23AA1A64EF68B9AC708C6281DC8.ashx>> erişim tarihi: 1.2.2024. Sözleşmenin Türkçe metni için ayrıca bknz. Geçici İthalat Sözleşmesi'nin Çekincelerle Birlikte Onaylanması Hakkında Karar (Resmi Gazete T. 21.10.2004, S. 25620).

B. Kara Taşıtlarının Geçici İthalatı

1. Genel Olarak

Gerek ticari taşımacılıkta kullanılsın gerekse kişisel olarak kullanılsın, motorlu veya motorsuz kara taşıtlarının tam muafiyet suretiyle geçici ithalatı mümkündür¹⁵. Gümrük mevzuatı kapsamında geçici ithal edilen kara taşıtlarına ilişkin düzenlemeler yapılarak bu haktan yararlanacak şahıslar ve bu taşıtların dolaşım koşulları belirlenmiş ve turizmin teşviki ile yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının Türkiye’de rahat dolaşımlarının sağlanması amaçlanmıştır¹⁶.

2009/15481 sayılı Karar’da taşıtların tam muafiyet suretiyle geçici ithalat yoluyla getirilmesine imkan tanınmaktadır. Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği (Seri No: 1)¹⁷ de geçici ithalat rejimi kapsamında ithal edilen kişisel ve ticari kullanıma mahsus yabancı plakalı kara taşıtlarına uygulanacak usul ve esasları belirlemektedir. Tebliğ’deki ilk ayırımın kişisel kullanıma ve ticari kullanıma mahsus kara taşıtları olduğu görülmektedir. Kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarından; turistik kolaylıklar kapsamındaki taşıtlar, geçici giriş belgesi kapsamı taşıtlar, yabancı geçici giriş karnesi ve yabancı taşıtlar geçici giriş formu kapsamı taşıtlar Tebliğ’in ikinci kısmında sırasıyla birinci, ikinci ve üçüncü bölümlerinde düzenlenmiştir. Ticari kullanıma mahsus kara taşıtları ise dördüncü bölümde düzenleme konusu edilmiştir. Gümrük mevzuatında geçici ithalat izni verilen kara taşıtlarını yurda getirebilecek ve kullanabilecek kişiler, bu taşıtların yurtda kalış süreleri ve yurda giriş ve çıkışlarına ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

2. Kara Taşıtlarının Geçici İthalat Yoluyla Yurda Getirebilecek Kişiler ve Şartları

Motorlu kara taşıtları dahil taşıtlara geçici ithalat izni verilebilmesi için aranan şartlar ilk başta 2009/15481 sayılı Karar m. 16/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, bu taşıtların Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişi adına ve bu bölge dışında tescil edilmiş olması ya da Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişiye ait olduğunun belgelendirilmesi, kural olarak 17, 18 ve 19 uncu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişiler tarafından kullanılması ve ticari kullanıma mahsus olanların da Türkiye Gümrük Bölgesi dışında başlayan veya sona eren taşıma işlerinde kullanılması gerekmektedir. Geçici ithalat yoluyla yurda kara taşıtı getirilmesi; esas itibarıyla turistik kolaylıklar kapsamında kişisel kullanıma mahsus taşıtların getirilmesi, Türkiye’de belirli süreli-

¹⁵ Akçin, (n 9), 730.

¹⁶ Levent Yahya Eser ve Sedat Polat, ‘Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarında Motorlu Taşıtlar Vergisi Sorunu’ (2019) 12(2) Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi 448 <<https://doi.org/10.29067/muvu.402078>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

¹⁷ Resmi Gazete T. 22.04.2011, S. 27913.



ne okumak veya çalışmak amacıyla gelenlerin beraberinde taşıt getirmesi ve ticari taşımacılık kapsamında taşıt getirilmesi şeklinde olmaktadır¹⁸.

Turistik kolaylıklar kapsamında, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişiler tarafından ikamet yerlerinde üzerlerine kayıtlı bulunan ya da başkasına ait olup vekâleten veya kiralama yoluyla getirilen kişisel kullanıma mahsus kara taşıtları geçici olarak ithal edilebilmektedir (Tebliğ, m. 5). Turistik kolaylıklar kapsamında Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişiler kural olarak ikamet yerlerinde kayıtlı kara taşıtlarını getirebilmekle birlikte, Tebliğ'in 5 inci maddesi uyarınca Avrupa Birliği ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği ülkelerinde ikamet eden kişiler, ikamet yerleri dışındaki Avrupa Birliği ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği ülkelerinde adlarına kayıtlı taşıtlarını da getirebilirler. Yurtdışında ikamet şartının aranmadığı istisnai bir durum ise emeklilere ilişkindir. 2009/16481 sayılı Karar uyarınca Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişilerden Türkiye Gümrük Bölgesi dışından emekli olanlar ile Türkiye'de oturma iznine sahip Türkiye Gümrük Bölgesi dışından emekli yabancıların bu durumlarını belgelendirmeleri halinde, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında adlarına kayıtlı kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarına geçici ithal izni verilir ve bu kişilerden emeklilik tarihinden sonra Türkiye Gümrük Bölgesine ilk defa getirecekleri kişisel kullanıma mahsus kara taşıtları için Türkiye'ye son giriş tarihinden geriye doğru bir yılda en az yüzseksenbeş gün Türkiye Gümrük Bölgesi dışında bulunması koşulu aranmaz (m. 19/5).

Turistik kolaylıkların yanı sıra çalışma veya öğrenim amacıyla gelen kişiler kara taşıtlarını geçici ithalat yoluyla getirebilmektedirler¹⁹. 2009/16481 sayılı Karar uyarınca da belirli bir süre ile çalışmak veya öğrenim görmek amacıyla gelen Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişilerin ülkelerinde adlarına kayıtlı olan kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarına geçici bir süreyle Türkiye Gümrük Bölgesine getirmeleri için geçici ithalat izni verilir (m. 19/2). Tebliğ'in ikinci kısmının ikinci ve üçüncü bölümleri de çalışmak veya öğrenim görmek amacıyla gelenlere verilen geçici ithalat izni çerçevesinde yurda getirilecek olan geçici giriş belgesi, yabancı taşıtlar geçici giriş karnesi ve yabancı taşıtlar geçici giriş formu kapsamındaki taşıtları düzenlemektedir.

Kişisel kullanıma mahsus olanların yanı sıra ticari kullanıma mahsus kara taşıtları için de geçici ithalat izni verilebilmekte olup Tebliğ'in ikinci kısmının dördüncü bölümünde bu kapsamdaki taşıtların yurda giriş ve çıkış işlemleri düzenlenmektedir. Ticari kullanıma mahsus taşıtların, yolcu taşımacılığı, eşya yükletilmesi ve boşaltılması, nakliye ve bakım işleri gibi sebeplerle geçici ithalat yoluyla getirilmesi mümkündür²⁰.

¹⁸ Necat Yeşilbayrak, *Geçici İthal Edilen Kişisel Kullanıma Mahsus Yabancı Plakalı Kara Taşıtlarına İlişkin Araştırma ve Çalışma Raporu* (Gümrük Muayene Memurları Derneği 2016) 13.

¹⁹ Eser ve Polat (n 16) 449.

²⁰ Akçin (n. 9) 730.

3. Geçici İthalat Yoluyla Yurda Getirebilen Kara Taşıtlarını Kullanabilecek Kişiler

Geçici ithal edilen kara taşıtlarının Türkiye’de yerleşik olmayan kişilerce kullanılması kural olmakla birlikte 2009/15481 sayılı Karar’ın 17, 18 ve 19 uncu madde hükümlerinde istisnai hususlar düzenlenmektedir. Buna göre, geçici ithalat izni verilen karayolu taşıtının Türkiye Gümrük Bölgesinde yerleşik kişiler tarafından; 1) Bir römorkun veya yarı römorkun, Türkiye Gümrük Bölgesinde tescilli bir motorlu taşıt ile birlikte veya 2) Kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarının acil bir durum nedeniyle ve bu durum süresince araç sahibinin de araçta bulunmak şartı ile kullanılması mümkündür (m. 17/1-b ve 1-c). 2009/15481 sayılı Karar’ın 19 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre de Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik bir kişi tarafından kişisel veya ticari amaçla kullanılmak üzere getirilen taşıtın, süreklilik bulunmaması ve kişisel kullanım konusunun hizmet sözleşmesinde belirtilmesi şartıyla, izin hak sahibi tarafından istihdam edilen veya usulüne uygun olarak yetkili kılınan Türkiye Gümrük Bölgesinde yerleşik gerçek kişi tarafından kullanılmasına izin verilir.

Ayrıca Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği uyarınca; turistik kolaylıklardan faydalanılarak geçici olarak ithal edilen taşıtlar, taşıt sahibinin, ikamet yeri Türkiye Gümrük Bölgesi dışında bulunan eşi veya usul ya da fûruu olan kişilerce (m. 26/1-a); geçici giriş belgesi, yabancı taşıtlar geçici giriş karnesi veya yabancı taşıtlar geçici giriş formu kapsamında geçici olarak ithal edilen taşıtlar taşıt sahibinin eşi veya usul ya da fûruu olan kişilerce (m. 26/1-b); belirli bir süre görev yapmak üzere Türkiye’ye gelen kişi tarafından getirilen taşıtlar, özel bir hizmet akdi ile taşıt sürücüsü olarak istihdam edilen Türkiye Gümrük Bölgesinde yerleşik kişi tarafından (m. 26/1-c) ve bunun dışında kalan durumlarda geçici ithal izni verilen kişinin taşıtta bulunması koşuluyla seyahat süresince üçüncü şahıslarla kullanılması (m. 26/1-ç) mümkün bulunmaktadır.

4. Geçici İthalat Yoluyla Yurda Getirebilen Kara Taşıtlarının Yurtta Kalış Süreleri

2009/15481 sayılı Karar uyarınca ticari kullanıma mahsus taşıtlara, yolcuların taşınması, alınması ve yerleştirilmesi, eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması, nakliye ve bakım işleri gibi geçici ithal talebine esas olan faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için gereken kadar geçici ithalat izni verilir (m. 20/1-b). Ayrıca öğrenim görmek amacıyla gelen bir öğrencinin yerleşim yerinde adına kayıtlı kişisel kullanıma mahsus kara taşıtına öğrencinin bu amaçla Türkiye Gümrük Bölgesinde kalacağı süre kadar, belirli bir süre ile görevini yerine getirmek amacıyla gelen kişilerin kişisel kullanıma mahsus kara taşıtına görev süresi boyunca, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik yurt dışından emeklilerin kişisel kullanıma mahsus kara taşıtına iki yıl, Türkiye’de oturma iznine sahip Türkiye Gümrük Bölgesi dışından emekli yabancılardan kişisel kullanıma mahsus kara taşıtına ikamet izinleri kadar, Türkiye Gümrük Bölgesine getirilen kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarına yirmidört ay



ve belirtilen sürelerin tamamını kullanmış veya yerleşim yeri şartını sağlayamayan Avrupa Birliği, Avrupa Serbest Ticaret Birliği ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ülkelerinde yerleşik kişilerin ikamet yerlerinde adlarına kayıtlı olan kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarına yılda bir kez olmak üzere bir ay geçici ithalat izni verilmektedir (m. 20/1-c). Ayrıca Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği'nde ticari kullanıma mahsus kara taşıtlarına yönelik süreler somutlaştırılmıştır. Buna göre, ticari kullanıma mahsus kara taşıtlarına kural olarak 30 güne kadar, toplu gezilerde kullanılacak otobüslere 90 güne kadar, sınır ticareti uygunluk belgesine istinaden ithal eşyası taşımacılığında kullanılan taşıtlara 15 güne kadar ve kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarına ilişkin sisteme kaydedilmekle birlikte tüzel kişiliklere ait otomobil, minibüs, arazi taşıtı, kamyonet ve motosikletlere 90 güne kadar izin verilir (m. 15/1). Bu taşıtlar için gümrüklerden geçiş karnesi ibraz edilmiş ise bahse konu süreler de dikkate alınarak, karnede belirtilen süreler dâhilinde işlem yapılır (m. 15/2). Son olarak, yabancı ülke çıkışlı Türkiye varışlı olan ya da yabancı ülke varışlı olan ve ülkemizde transit halinde bulunan geçici (ZOLL) plakalı araçlara en çok 15 gün süre verilmektedir (m. 22/2).

5. Geçici İthalat Yoluyla Yurda Getirilen Kara Taşıtlarının Giriş ve Çıkış İşlemleri

Esas itibarıyla, geçici ithalat yoluyla yurda giriş-çıkış işlemleri taşıt takip programları üzerinden yapılmaktadır²¹. Kişisel kullanıma mahsus kara taşıtlarının işlemleri 1 No'lu Taşıt Takip Programı ve ticari kullanıma mahsus kara taşıtlarının işlemleri 2 No'lu Taşıt Takip Programı üzerinden takip edilmektedir²². Bununla birlikte, transit rejimi kapsamında TIR Karnesi ile eşya taşıyan taşıtların ayrıca takibine gerek olmadığı için taşıt takip programları üzerinden takibat yapılmaz²³. Taşıtların gümrük idarelerinde kayıtları herhangi bir ücrete tâbi değildir²⁴.

2009/15481 sayılı Karar uyarınca belirli bir süre ile çalışmak veya öğrenim görmek amacıyla gelen Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişilerin ülkelerinde adlarına kayıtlı olan kişisel kullanıma mahsus kara taşıtına geçici bir süreyle Türkiye Gümrük Bölgesinde trafiğe tescil edilmek üzere geçici ithalat izni verilmektedir (m. 19/2). Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği (Seri No: 1) de bu kişilerin getirecekleri geçici giriş belgesi, yabancı taşıtlar geçici giriş karnesi ve yabancı taşıtlar geçici giriş formu kapsamındaki taşıtlar için gümrük idaresi tarafından geçici ithal edilen taşıtın trafiğe tescili için geçici tescil belgesinin düzenleneceği, bu

²¹ Yeşilbayrak (n 18) 12.

²² Derya Küçükkeskin, *Yabancı Plakalı Araçların Sebep Olduğu Zararların Tazmininde Yeşil Kart Sistemi* (Seçkin 2023) 34.

²³ Akçin (n 9) 732.

²⁴ Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü, 'Yabancı Plakalı Kara Taşıtları İçin Yolcu Rehberi' (2024) 4, <<https://ticaret.gov.tr/data/5d4831d913b8762b40ceade8/8.1.2024%20Yabanc%C4%B1%20Plakal%C4%B1%20Kara%20Ta%C5%9F%C4%B1tlar%C4%B1%20%20C4%B0%3%A7in%20Yolcu%20Rehberi-2024.pdf>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

taşıtlara verilen MA-MZ plaka numarasının ilgili noterce bildirilmesi ve bu taşıtların giriş ve çıkışlarının MA ve Takrir Modülü üzerinden yapılması gerektiği hususlarını düzenlemektedir. Bu minvalde, Türkiye'ye belirli süreliğine okumak, çalışmak, uluslararası kuruluşlarda görev yapmak üzere gelen şahısların araçlarına trafik tescil işlemleri yapılarak geçici Türk plakası takılırken, turistik kolaylıklar veya ticari taşımacılık sebebiyle geçici ithalat yoluyla giriş yapan kara taşıtları kendi ülkelerinde kayıtlı oldukları trafik kayıtları ve plakaları ile giriş ve çıkış işlemi yapmaktadırlar²⁵. Geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapmakla birlikte, Türkiye'de tescil edilen ve Türk plakası takılan taşıtlar yabancı plakalı olmayacağı için zorunlu mali sorumluluk sigortası zorunluluğu bakımından çalışmamız kapsamı dışındadır.

Taşıtların Türkiye'ye girişinde gümrük memurları tarafından; taşıtların ikamet edilen ülkede kayıtlı olduğunu gösterir mülkiyet belgesi, taşıtı getiren kişinin ehliyeti, pasaportu, pasaport yerine geçen kimlik belgesi, oturma izni, yurtdışından emekliler için konsolosluk onaylı Türkçe tercümelik emeklilik belgesi, duruma göre geçerli bir vekaletname veya kira sözleşmesi, tüzel kişilere ait taşıtları getirecek kişilerin şirket ortağı veya çalışanı olduğunu gösterir konsolosluk onaylı Türkçe tercümelik belge ve Türkiye'de geçerli trafik sigorta poliçesi aranmaktadır²⁶.

Geçici ithalat yoluyla yurda getirilen taşıtların geçici ithalat rejiminde kalış süresi içerisinde olmak kaydıyla çıkış işlemlerinin yapılması ve taşıta ilişkin geçici ithalat rejiminin kapatılması, taşıt takip programlarından giriş kaydının kapatılması şeklinde gerçekleştirilmektedir²⁷.

6. Geçici İthalat Yoluyla Yurda Getirilen Kara Taşıtlarının Kullanılması İle İlgili Cezai Müeyyideler

Geçici ithalat rejimi kapsamında geçici ithal edilen eşyanın yurt dışı edilmediği halde yurt dışı edilmiş gibi işlem yapılması gibi durumlarda 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu²⁸ gereğince işlem yapılmakla birlikte, geçici ithalat rejiminin ihlali durumları esasen GK hükümlerinde düzenlenen idari para cezası müeyyidelerine tâbi tutulmaktadır²⁹. İdari para cezası müeyyidesi uygulanmasına sebep olan gümrük kabahatleri; vergi kaybına neden olan kabahatler ve usul hükümlerine uymama kabahatleri şeklinde ikiye ayrılmaktadır³⁰. GK'nın "Cezalar" başlıklı onbirinci kısmının ikinci bölümünde (m. 234-238) vergi kaybına neden olan işlemlere uygulanacak cezalar ve üçüncü bölümünde (m. 239-241) usulsüzlüklere ilişkin cezalar düzenlenmiştir.

²⁵ Yeşilbayrak (n 18) 14.

²⁶ Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü (n 24) 4.

²⁷ Akçin (n 9) 734.

²⁸ Resmi Gazete T. 31/3/2007, S. 26479.

²⁹ Akçin (n 9) 743.

³⁰ Abdullah Ok, *Türk Hukukunda Gümrük Vergileri ve Cezaları* (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006) 267.



Geçici ithalata ilişkin rejim ihlallerinde GK m. 238 hükmü çerçevesinde idari para cezası tatbik edilecektir³¹. Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği uyarınca da geçici ithaline izin verilen kişisel ve ticari kullanıma mahsus kara taşıtlarının; getiriliş amacı dışında kullanılması, bir başkasına kiralanması, ödünç verilmesi, başka bir şahsa izinsiz devredilmesi, satılması, hak sahibi olmayan kişilerce kullanılması, taşıtla birlikte giren ve belgelerinde kayıtlı olan parçalarının izinsiz olarak değiştirilmesi, yurtdışı kalma süreleri içerisinde yurtdışına çıkarılmaması veya herhangi bir gümrük idaresine teslim edilmemesi hâlinde, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, GK m. 238 hükmü uyarınca işlem yapılır ve geçici ithal izni iptal edilerek taşıt gümrük idaresince teslim alınır (m. 19/1).

Geçici ithalat rejiminin ihlali olan bazı durumlarda, rejim hükümlerinin ihlali nispeten hafif nitelikli olarak değerlendirilmiş ve gerçekte vergi kaybına yol açmadığından sadece GK m. 241 hükmü çerçevesinde usulsüzlük cezası öngörülmüştür³². Geçici ithalat yoluyla yurda giren taşıtların süresi içerisinde yurtdışı edilmemesi esasen rejim ihlali olmakla birlikte, sürenin bitimini takiben bir ay içerisinde (GK m. 241/3-1), iki ay içerisinde (GK m. 241/4-g) ve üç ay içerisinde (GK m. 241/5-b) yurtdışı edilmesi veya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması durumlarında usulsüzlük cezası tatbik edilecektir. Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği uyarınca da yabancı ülke çıkışlı Türkiye varışlı ya da yabancı ülke varışlı olan ve ülkemizde transit hâlinde bulunan geçici (ZOLL) plakalı taşıtların verilen süre içerisinde yurtdışı edilmemesi hâlinde, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla GK m. 241 hükmünde yer alan transite ilişkin usulsüzlük cezası uygulanır (m. 19/2).

Son olarak, usulsüzlük cezalarıyla ilgili olarak GK m. 241/1 hükmü uyarınca bu Kanuna ve bu Kanunda tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemelerle getirilen hükümlere aykırı hareket edenlere söz konusu düzenlemelerde açıkça öngörülmüş olması kaydıyla usulsüzlük cezası tatbik edilmektedir. Söz konusu müeyyide hükmünün amacı yetkili makamlar tarafından çıkartılan ikincil düzenlemelere riayetin sağlanması olup bunun için ikincil düzenlemelerdeki maddelerde, söz konusu maddeye aykırılık hali için açıkça idari para cezası öngörülmüş olmalıdır³³. Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği de usulsüzlük hallerinde GK m. 241/1 hükmü uyarınca işlem yapılacağını hükme bağlamaktadır

³¹ Ok (n 30) 278.

³² Ok (n 30) 279.

³³ Ok (n 30) 281.

Burada ayrıca ikincil düzenlemelerde önemli olan husus düzenlemenin kaynağının Gümrük Kanunu olması veya bu kanundan alınan yetkiye istinaden çıkarılmış olması gerekliliğidir. Bknz. Kaptan Kılıç, *Kaçakçılık Suçları-Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları* (Gazi 2013) 859.

(m. 19/3). Böylece, rejim ihlali olmamakla birlikte geçici ithal edilen kara taşıtlarının kullanılmasında Tebliğ'de yer alan hususlara aykırı hareket edilmesi GK m. 241/1 hükmünde belirtilen usulsüzlük cezasının tatbikini gerektirecektir. Yeniden değerlendirme oranlarına göre her yıl yeniden belirlenen GK m. 241/1 çerçevesinde usulsüzlük cezası 2024 yılı itibarıyla 828,00 TL olarak uygulanmaktadır³⁴.

C. Geçici İthal Edilen Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtları İçin Mali Sorumluluk Sigortası Zorunluluğu

1. Genel Olarak Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

Motorlu araçların karayolunda işletilmeleri sebebiyle üçüncü kişilere karşı sorumluluğu belirli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasa koyucu tarafından yapılması zorunlu olan sigortaya zorunlu mali sorumluluk sigortası veya uygulamadaki adıyla “trafik sigortası” denilmektedir³⁵. Trafik kazalarında zarara uğrayanların zararları hızlı ve etkili bir şekilde zorunlu mali sorumluluk sigortası yoluyla karşılanmaktadır. Bu sigortanın zorunlu tutulmasıyla birlikte, zorunlu mali sorumluluk sigortasının sosyal yönü bulunduğu söylenebilir³⁶. Hukuk sistemlerinde hukuki sorumluluk ve zorunlu mali sorumluluk sigortası bir arada gelişmiş ve motorlu aracın trafiğe çıkabilmesi zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunması koşuluna bağlanmaya başlanmıştır³⁷.

Karayolu trafiğinde motorlu araçların vereceği zararlar için sorumluluk sigortası yaptırılması uluslararası yükümlülüklerin de bir gereğidir. Konuya ilişkin olarak Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi³⁸ uyarınca “*Âkit Tarafların her biri, işbu sözleşmenin kendisi bakımından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç altı ay içinde, kendi toprakları üzerinde herhangi bir motorlu taşıtın zarar verdiği kimselerin haklarının, işbu sözleşmenin ek hükümlerine (Ek:1) uygun zorunlu bir sigorta sisteminin kurulması yoluyla teminat altına alınmasını taahhüt eder.*” (m. 1/1). Bahse konu Sözleşme mali sorumluluk sigortasının zorunlu tutulmasına ve buna ilişkin kuralların yeknesaklaştırılmasına yönelik çabaların bir sonucudur³⁹. Bununla birlikte, Sözleşme; Âkit Devletin kendisi tarafından tehlikesiz sayılan bazı motorlu taşıtları ve ulusal veya yabancı kamu

³⁴ Bknz. Gümrük Genel Tebliği (Gümrük İşlemleri) (Seri No: 202) (Resmi Gazete T. 13.12.202, S. 32398)

³⁵ Ahmet Çelik, *Trafik Kazalarında Tazminat Ve Sigorta Hukuk Ve Ceza Sorumluluğu* (Seçkin 2021) 859.

³⁶ Güven Vural, *Trafik Sigortası: Motorlu Taşıtların Zorunlu Sorumluluk Sigortası* (İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi 1981) 11.

³⁷ Vural (n 36) 97.

³⁸ Resmi Gazete T. 11/11/1999, S. 238783.

³⁹ Werner Pfennigstorf, ‘Unification of the Protection of Traffic Victims in Europe’, (1966-1967) 15(3) The American Journal of Comparative Law 444 <<https://doi.org/10.2307/838276>> erişim tarihi: 20 Eylül 2024.



mercilerine veya hükümetlerarası kuruluşlara ait motorlu taşıtları zorunlu sigortadan muaf tutma ve sigortanın yapılabileceği asgari tutarı belirleme hakkını saklı tutmuştur (m. 2). Ayrıca Sözleşme zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin kuralların yeknesaklaştırılmasını amaçlamakla birlikte, sorumluluk hukuku kurallarının yeknesaklaştırılmasında etkili değildir⁴⁰. Sözleşme'ye ek hükümleri ihtiva eden Ek-1'de de sigortaya ilişkin ayrıntılı kurallar sevk edilmiştir. Buna göre, ferdi sorumluluk, Sözleşme hükümlerine uygun şekilde teminat altına alınmadıkça, motorlu taşıtlar, kamu yollarında, halka açık alanlarda ve belirli kişilerin geçiş hakkına sahip olduğu özel arazilerde kullanılamazlar ve sigorta sözleşmesi hükümetçe yetki verilmiş bir sigortacı ile akdedilmelidir (Ek-1, m. 2/1). Sigorta, sigorta edilmiş taşıtın sahibinin, zilyedinin ve sürücüsünün mali sorumluluğunu teminat altına almalı ve sigorta edilmiş taşıta ve bu taşıt tarafından taşınan mallara ilişkin zarar dışında, ulusal topraklar üzerinde kişilere ve mallara verilen zararları kapsamalıdır (Ek-1, m. 3). Zarar görenlerin sigortacıya karşı doğrudan talep hakları da garanti altına alınmıştır (Ek-1, m. 6/1). Sözleşme'ye konabilecek çekinceler de Ek-2'de düzenlenmiştir.

Türk hukukunda mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu KTK m. 91 hükmünde düzenlenmiştir. Bahse konu hükmün ilk fıkrası, motorlu araç işletenlerin Kanununun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırımlarının zorunlu olduğunu hükme bağlamaktadır. Sigorta teminatının kapsamı ve en az sigorta tutarları konuları başta olmak üzere zorunlu mali sorumluluk sigortası 2918 sayılı KTK'nın sekizinci kısmının ikinci bölümünde ayrıntılı olarak düzenleme konusu edilmiştir. Böylece ilk olarak, zorunlu mali sorumluluk sigortasında sigortacının sorumluluğu işletenin KTK m. 85/1 hükmünde düzenlenen tehlike sorumluluğu ile sınırlandırılmıştır⁴¹. Bu sebeple motorlu araç işletenin KTK m. 85/1 hükmü dışında kalan özen ve kusur sorumluluğunun bulunduğu haller zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamı dışında bulunmaktadır⁴². Ayrıca motorlu aracın işletilmesi sonucu oluşabilecek her türlü zarar değil; maddi ve cismani zararlar zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamını oluşturmaktadır⁴³. Bu minvalde, zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususları düzenleyen KTK m. 92 hükmünde manevi tazminata ilişkin talepler ve gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi dolaylı zararlar zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca zorunlu mali sorumluluk sigortasının temel amacı motorlu araç işletenin so-

⁴⁰ Pfennigstorf (n 39) 477.

⁴¹ Çetin Aşçıoğlu, *Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları* (1989) 85; Rauf Karasu, *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)* (Yetkin 2016) 30.

⁴² Osman Nuri Alkan, *Trafik Kazalarında Sigortacının Sorumluluğu* (Adalet 2021) 196.

⁴³ Alkan (n 42) 196.

rumluluğu teminat altına alındığı için üçüncü kişi sayılmayanlar ve istisnai olarak bazı kişiler sigorta kapsamı dışında tutulmaktadır⁴⁴. Bu çerçevede, KTK m. 92 hükmünde işletenin eylemlerinden sorumlu olan kişilere karşı yöneltebileceği talepler ile mallarına gelen zararlar bakımından işletenin eşi, altsoy ve üstsoy, evlatlıkları ve birlikte yaşadığı kardeşleri sigorta kapsamı dışında tutulmuştur. Bedensel zararlar bakımından ise bu kişiler zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındadır⁴⁵. Motorlu araçta seyahat eden yolcular genel olarak sigorta kapsamında olmakla birlikte, hatır için taşınan yolcuların durumu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre⁴⁶, hatır için taşınan yolcuların uğradığı zararlar KTK m. 85/1 hükmü kapsamında işletenin tehlike sorumluluğu kapsamında olmadığı için zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında da olmayacaktır. Öte yandan günümüzde hatır için taşınan yolcuların uğradığı zararların da zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamında olduğuna ilişkin görüş ağırlık kazanmaktadır⁴⁷.

Zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamı ile ilgili olarak sigorta teminat limitleri önem arz etmektedir. Genel olarak, sorumluluk sigortalarında sigorta sözleşmesinde öngörülen ve sigortalının sorumluluğu nedeniyle sigortacının ödeyeceği azami meblağ, sigorta bedelini ifade etmektedir⁴⁸. Zorunlu mali sorumluluk sigortasında da sigortacının sorumluluğu sigorta poliçesindeki limitlere kadar olup zararın bu tutarı aşması durumunda motorlu araç işletenin sorumluluğu devam etmekle birlikte, sigortacı sorumlu olmaz⁴⁹. Yukarıda belirtildiği üzere, Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Âkit Devletlerin asgari sigorta teminat tutarlarını belirleme yetkisini saklı tutmuştur. Türk hukukunda KTK m. 93/1 hükmüne göre, “Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmi Gazetede yayımlanır.” Böylece kanun koyucu motorlu araç işletenler için mali sorumluluk sigortası yapılmasını zorunlu tutmakla yetinmemiş, sigorta teminatının kapsamını da belirlemiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığı belirli zaman dilimlerinde motorlu araçların türlerini dikkate alarak teminat limitleri belirlemektedir⁵⁰.

⁴⁴ Karasu (n 41) 27.

⁴⁵ Aşçıoğlu (n 41) 86; Çelik (n 35) 916; Karasu (n 41) 28.

⁴⁶ Hatice Karacan Çetin, *Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)* (Seçkin 2016) 250; Karasu (n 41) 35; Işık Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku: Mal ve Sorumluluk Sigortaları*, (Genişletilmiş 3. Baskı, Turhan 2002) 677.

⁴⁷ Çelik (n 35) 922.

⁴⁸ Rıza Ayhan ve Hayrettin Çağlar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* Cilt I (Yetkin 2018) 180.

⁴⁹ Alkan (n 42) 196; Aşçıoğlu (n 41) 86; Çelik (n 35) 861.

⁵⁰ Karasu (n 41) 85.

Son olarak, geçerli teminat tutarları üzerinden mali sorumluluk sigortası olmayan araçların trafikten men edileceği (KTK m. 91/5) ve sigorta zorunluluğunu yerine getirmeyenlere para cezası verileceği (KTK m. 91/8) hususları da KTK'da düzenlenmiştir. Söz konusu ceza miktarı 2024 yılı için 690 TL'dir⁵¹.

2. Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtları İçin Mali Sorumluluk Sigortası Yapıtırılması Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemeler

Geçici ithalat yoluyla yurda giren yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için de zorunlu mali sorumluluk sigortasının yapılması gerekmektedir. Aksi durumda, yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının zarar verdiği kişilerin zararları mali sorumluluk sigortası yoluyla karşılanamayacak ve Türk plakalı motorlu kara taşıtlarıyla yabancı plakalı olanlar arasında zorunlu mali sorumluluk sigortası bakımından gereksiz bir ayırım yapılmış olacaktır. Bu doğrultuda, KTK m. 91/6 hükmü de “*Yabancı plakalı taşıtların Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslara göre Türkiye’de geçerli sigortaları yoksa bunlar için zorunlu mali sorumluluk sigortası Türkiye sınırlarına girişleri sırasında yapılır*” demek suretiyle ülkemize geçici ithalat yoluyla girecek yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için de zorunlu mali sorumluluk sigortasının yapılması gerektiğini açıkça düzenlemektedir. Mezkûr hükümdeki usul ve esaslar Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk İçin Yapıtırılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁵² ile düzenlenmiştir.

Bahse konu Yönetmelik uyarınca, “*Ülkemize girecek yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının işletilmesi nedeniyle üçüncü şahıslara verilecek zararlardan kaynaklanan hukuki sorumluluk için, bu Yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, zorunlu trafik sigortası veya bu sigortayla eşdeğer bir sigorta teminatının bulunması zorunludur.*” (m. 4/1). Ayrıca, yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının sigorta teminatının olup olmadığının ülkemize girişleri esnasında ilgili mevzuat ile yetkilendirilen personel tarafından kontrol edileceği ve sigorta teminatı bulunmayan motorlu kara taşıtlarının ülkemize girişine izin verilmeyeceği hükme bağlanmıştır (m. 5/1 ve m. 5/3). Zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmayan motorlu kara taşıtlarının yurda girişleri yasak olduğundan, aracın geçerli sigorta poliçesi bulunmadığı zaman sınır gümrük idaresinin yakınında bir yerden sigorta poliçesi düzenlettirilmelidir⁵³. Karşılaştırmalı hukukta sırf yabancı plakalı taşıtlar için ziyaret edilen ülkeye girişte o ülke topraklarında geçerli olmak üzere ilave prim ödenerek yapılan bu sigortaya “sınır sigortası” (*Frontier Insurance, Grenzversicherung*) denilmektedir⁵⁴.

⁵¹ Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Başkanlığı, ‘2024 Yılı Trafik Ceza Rehberi’ 2024 <<https://www.trafik.gov.tr/trafik-mevzuat>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

⁵² Resmi Gazete T. 13/07/2011, S. 27993.

⁵³ Küçükkeskin (n 22) 39.

⁵⁴ Wolfgang Schmitt ve Fritz Schomaker, *Das Londoner Muster-Abkommen: Grundlagen der*

Yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının geçici ithalat yoluyla yurda girişlerinde zorunlu mali sorumluluk sigortalarının olması gerekliliği gümrük mevzuatında da düzenlenmiştir. Nitekim Gümrük Yönetmeliği m. 392/2 hükmü uyarınca, “*Sigorta poliçelerinin süreleri bitmiş ya da Türkiye’nin tamamını kapsamıyorsa veya uluslararası geçerliliği olan Yeşil Kart Sorumluluk Sigortasında (green card-carte verte) Türkiye rumuzu “TR”nin üzeri çizilmişse, taşıtların girişine izin verilmez.*” Aynı hususlar Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği’nde (m. 24/2)) de yer almıştır. Ayrıca Gümrükler Genel Müdürlüğü’nün 17.04.2017 tarihli ve 24276047 sayılı yazısında⁵⁵ da kara taşıtlarının ülkemize girişinde sigorta başta olmak üzere diğer hususlarda da denetlenmesi sorunun gümrük kapılarında ve henüz yurda giriş yapmadan çözümünün önem arz ettiği hususlarına yer verilmektedir. Bu minvalde, gümrük mevzuatı uyarınca yabancı plakalı araçları için yapılan zorunlu mali sorumluluk sigortasının süresi ve Türkiye’nin tamamını kapsadığı gümrük personeli tarafından kontrol edilecektir.

Bu düzenlemeler hem kişisel hem de ticari kullanıma mahsus taşıtlar için geçerlidir. Kişisel ve ticari kullanıma mahsus kara taşıtlarının geçici ithalatına ilişkin şartlar, süreler ve giriş-çıkış işlemleri ayrı usul ve esaslara tâbiyen esasen karayolları trafik mevzuatında düzenlenen mali sorumluluk sigortasının yapılması zorunluluğu hem kişisel hem de ticari kullanıma mahsus kara taşıtları için bulunmaktadır.

Böylece, yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının yurda girişlerinde zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunması mecburiyeti gerek KTK ile ilgili mevzuatta gerekse de geçici ithalata ilişkin gümrük mevzuatında yer almaktadır. Yabancı plakalı aracın Türkiye’de geçerli sigorta sözleşmesi bulunmuyorsa yurda girişi esnasında yaptırılması gerekmektedir. Bu zorunluluk esas itibarıyla karayolları trafik mevzuatında düzenlenmekte olup geçici ithalata ilişkin gümrük mevzuatında yer alan düzenlemeler de bu zorunluluğun yerine getirilmesi için gümrük idaresine yönelik tamamlayıcı nitelikte hükümler ihtiva etmektedir. Ancak gümrük mevzuatında da konuyla ilgili hükümler bulunması gerekçesiyle ülkeye giriş yapacak yabancı plakalı kara taşıtlarının mali sorumluluk sigortasının bulunması gerekliliğini; taşıtı getire-

internationalen Schadenregulierung aufgrund der Grünen Karte oder nach dem ausländischen Kfz-Kennzeichen (Springer 1993) 16.

2009/103/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi’nin m. 8/1 uyarınca üçüncü ülkede kayıtlı araçların Birlik topraklarına girişte sınır sigortası “frontier insurance” yaptırılması zorunludur. Directive 2009/103/EC of The European Parliament and of The Council, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02009L0103-20231223>>, erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

Sorumluluk ve sigorta hükümleri bakımından KTK’nın mehazı olan İsviçre Karayolları Trafik Kanunu m. 74/3 hükmü de yabancı plakalı araçların yurda girişinde sınır sigortası (*Grenzversicherung*) yapma zorunluluğu ve buna ilişkin esasların Federal Konsey tarafından belirleneceğini düzenlemiştir. Strassenverkehrsgesetz (SVG), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1959/679_705_685/de> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

⁵⁵ Gümrükler Genel Müdürlüğü-Geçici İthalat ve Hariçte İşleme Dairesinin 17.04.2017 tarihli ve 24276047 sayılı yazısı (Yabancı Plakalı Taşıtların Sigorta Poliçeleri Kontrolü), <www.mevzuat.net> erişim tarihi 1 Temmuz 2024.



bilmesi şartları, getirebilecek ve kullanabilecek kişilere ilişkin şartlar veya taşıtın yurtdışı kalma süresi gibi geçici ithalat rejiminin öngördüğü yükümlülüklerden biri olarak düşünmemek gerekmektedir. Bu şart, yerli plakalı taşıtlar gibi yabancı plakalı taşıtların verdiği zararlar için de üçüncü kişilerin korunması amacıyla karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamaya yöneliktir ve karayolları trafiğine ilişkin mevzuattan kaynaklanmaktadır. Hangi taşıtların yurda girişlerinde zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunmasının gerektiği de gümrük mevzuatı çerçevesinde değil, KTK hükümleri uyarınca belirlenecektir.

Kanaatimizce meselenin yalnızca karayolları ve sigorta mevzuatında ve özellikle Yabancı Plakalı Motorlu Taşıtların Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk İçin Yapıtılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında düzenlenerek, geçici ithalata yönelik şartları düzenleyen gümrük mevzuatında düzenlenmemesi olası karmaşaların⁵⁶ önüne geçebilecektir.

3. Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtları İçin Yapılan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının Özellikleri

Yukarıda incelendiği üzere, Türkiye'ye giriş yapacak yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının Türkiye'de geçerli bir zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunması gerekmekte olup aksi durumda KTK m. 91/6 hükmü gereği bu taşıtlara ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası taşıtın Türkiye'ye girişi sırasında yapılacaktır.

Yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırıldığında gerek yabancı plakalı aracın neden olduğu zararlardan dolayı üçüncü kişiler ve sigortacı bakımından KTK hükümleri aynen uygulanacaktır⁵⁷. Başka bir deyişle, yabancı plakalı araçlar için Türk hukukundaki zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin kurallar doğrudan uygulama alanı bulacaktır⁵⁸. Bu itibarla, yabancı plakalı araç için yapılan zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamı ve asgari teminat tutarları, Türk plakalı araçlar için yapılan zorunlu mali sorumluluk sigortası ile aynı olmalıdır. Aksi durumda, yabancı plakalı taşıtın zarar verdiği üçüncü kişiler sigorta teminatından yoksun kalabilecek, zarara yerli ve yabancı plakalı taşıtın sebep olması durumuna ilişkin gereksiz bir ayırım yapılacak ve bu durum da mali sorumluluk sigortasını zorunlu tutmadaki amacı zedeleyebilecektir.

KTK m. 101 hükmünde yer alan “*Bu Kanunda öngörülen zorunlu mali sorumluluk sigortası Türkiye’de kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılır. Bu sigorta şirketleri zorunlu mali sorumluluk sigortasını yap-*

⁵⁶ KTK m. 91/6 hükmü ile yalnızca yeşil kart belgelerinden bahseden Gümrük Yönetmeliği m. 392/2 hükümlerinin birbirleriyle uyumlu olmadığı ve kamu görevlilerinin nasıl davranması gerektiği konusunda karışıklığa sebep olduğu hakkında bkz. Çelik (n 35) 213-214.

⁵⁷ Ulaş (n 46) 652.

⁵⁸ Zorunlu sigortaya ilişkin kuralların milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar olduğu yönünde ayrıca bkz. Hatice Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi 2001) 163- 164.

makla yükümlüdürler.” düzenlemesi yabancı plakalı taşıtların yaptıracağı zorunlu mali sorumluluk sigortası bakımından da geçerlidir. Yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının zorunlu mali sorumluluk sigortaları da Türkiye’de kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından Türk plakalı taşıtlarla aynı esaslar çerçevesinde yapılacak ve sigorta şirketi sözleşme yapmaktan kaçınmayacaktır.

Yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için Türk plakalı araçlarla aynı esaslar dahilinde mali sorumluluk sigortası zorunluluğu düzenlenmiş olmakla birlikte, bazı hususlar bakımından bu araçlar için yapılan sigorta poliçelerinin özellik arz edebileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Yabancı plakalı taşıtlar için sınırda yapılan zorunlu mali sorumluluk sigortasının diğer taşıtlar için yapılan zorunlu mali sorumluluk sigortası ile aynı hükümlere tâbi olduğu, ancak çoğunlukla daha kısa süreli olduğu için prim indirimi, hasar dosyası geçmişi, sigorta süresi, sigorta sözleşmesinde değişiklik, portföy devri gibi konuların bu araçlar için yapılan sigortalar için uygulanmayacağı karşılaştırmalı hukukta belirtilmektedir⁵⁹. Nitekim Türk hukukunda kara taşıtlarının geçici ithalat yoluyla yurda girişinde özellikle ticari kullanıma mahsus kara taşıtları için yurtda kalma süresinin oldukça kısa olabileceği yukarıda incelenmişti. Yabancı plakalı taşıtlar için yapılacak zorunlu mali sorumluluk sigortasının kısa süreli olması ihtiyacının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu doğrultuda, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik⁶⁰ yabancı plakalı taşıtların Türkiye sınırlarına girişleri sırasında yapılacak sigortanın 1 (bir) yıldan daha kısa süreli olabilmesine imkan tanımaktadır (m. 13/1).

Böylece, süre bakımından yerli plakalı araçların tâbi olduğu kurallardan ayrılrsa da yabancı plakalı taşıtlar için yapılan zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatın kapsamı ve teminat limitleri bakımından aynı esaslara tâbi olması ve mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğunun yabancı plakalı taşıtlar için yerli plakalı taşıtlarla aynı şekilde uygulanması gerekmektedir. Neticede zarar gören üçüncü kişiler açısından mali sorumluluk sigortası yoluyla zararlarının giderilmesi bakımından zarara yol açan taşıtın yerli plakalı mı yoksa geçici ithalat yoluyla yurda giren yabancı plakalı mı olduğu önem arz etmemelidir.

4. Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtları İçin Uluslararası Sigorta Sertifikaları (Yeşil Kart)

Geçici ithalat yoluyla yurda giren yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının Türkiye’de de geçerli uluslararası nitelikte sigorta poliçeleri olabilir. Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi de motorlu taşıtların ferdi sorumluluğunun sigorta ile teminat alınması koşuluyla kullanılabileceğini hükme bağladıktan sonra, genellikle ülke dışında kayıtlı taşıtların hükümetçe yetki

⁵⁹ Bknz. Martin Kainz, Nora Michtner ve Wolfgang Reisinger, *Die Kfz-Versicherung : Ein praxisorientierter Grundriss*, (2. Auflage, Verlag Österreich 2022) 6.

⁶⁰ Resmi Gazete T. 14/7/2007, S. 26582.



verilen bir Büronun bu taşıtların neden olduğu hasarlardan zarar gören kişilerin yerel kanuna göre tazmin edilmesi yükümlülüğünü üzerine alması koşuluyla, ülke top-raklarında kullanılabileceğini düzenlemektedir (Ek-1, m. 2/2) Bahse konu hüküm ile yeşil kart adı verilen uluslararası trafik sigortası poliçelerini tanzim edecek büroların kurulması öngörülmüştür⁶¹.

Türk hukukunda Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk İçin Yaptırılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 6/1 hükmü uyarınca ülkemizin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde sigorta teminatına sahip olduğu belgelenen motorlu kara taşıtları ve bu Yönetmelik ile aranan sigorta teminatını sağlamak üzere Türkiye Motorlu Taşıtlar Bürosu (TMTB) tarafından ilgili ülke yetkili makamlarıyla akdedilen ve Bakanlıkça onaylanan anlaşmalar çerçevesinde sigorta teminatına sahip olduğu belgelenen motorlu kara taşıtlarının ülkemize girişleri esnasında trafik sigortası yaptırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu araçların ülkemizde geçerli uluslararası nitelikte trafik sigortası poliçeleri (yeşil kart) bulunduğu için üçüncü kişilere karşı verecekleri zararlar sigorta teminatı kapsamında olmaktadır.

Yeşil kart sertifikası, farklı ülkelerin zorunlu mali sorumluluk sigortalarını bir araya getiren tek tip ve uluslararası bir sigorta poliçesidir⁶². Ayrıca yeşil kart belgesi, kazanın gerçekleştiği ülkede düzenlenmesi zorunlu mali sorumluluk sigortasına eşdeğer bir belgedir⁶³. Bu çerçevede, yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının geçici ithalat yoluyla yurda girişinde uluslararası bir sigorta poliçesi olan yeşil kart sertifikası sunulduğunda yurda girişte ayrıca zorunlu mali sorumluluk sigortası yapılması gerekmeyecektir. Zira yeşil kart sertifikası onun eşdeğeri olarak aynı işlevi görmektedir. Yargıtay da yeni tarihli kararlarında “(...) yeşil kart poliçesi o ülkede düzenlenmiş zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi gibi kabul edilecektir” demektedir⁶⁴ ve yeşil kartı zorunlu mali sorumluluk sigortasının eşdeğeri kabul etmektedir.

Yeşil kart sertifikasının şekli “BM Avrupa Komisyonu İç Ulaştırma Komitesi Yol Ulaşım Çalışma Grubu” tarafından tek tip olarak belirlenmiştir. Yeşil Kart Bürolarının 14.06.2019 tarihinde yapılan Genel Kurul Toplantısında 01.07.2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, tüm ülke Bürolarına yeşil kartın siyah beyaz olarak düzenlenebilmesi için yetki tanınmıştır⁶⁵.

Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği (Seri No: 1) m. 24/2 hükmü “*Sigorta poliçesi süresinin bitmiş olması ya da Türkiye'nin tamamını*

⁶¹ Pfennigstorf (n 39) 451.

⁶² Ulaş (n 46) 60.

⁶³ Küçükkeskin (n 22) 101.

⁶⁴ Yargıtay 4. HD, E. 2022/3407, K. 2022/7863, T. 30.05.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2021/9665, K. 2022/6163, T. 29.03.2022, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 20 Eylül 2024.

⁶⁵ Gümrükler Genel Müdürlüğünün 17.09.2019 tarihli ve 47680251 sayılı yazısı (Uluslararası Motorlu Taşıtlar Sigorta Belgesi (Yeşil Kart) hk), <www.mevzuat.net> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

kapsamaması veya uluslararası geçerliliği olan yeşil kart sorumluluk sigortasında (green card-carte verte) Türkiye rumuzu "TR"nin üzerinin çizilmiş olması hallerinde taşıtların girişine izin verilmez." demek suretiyle yabancı plakalı kara taşıtlarının geçici ithalat yoluyla yurda girişinde ibraz edilecek uluslararası sigorta poliçelerinde (yeşil kart) aranacak özellikleri de saymaktadır. Buna göre, 1) Yeşil kartın geçerlilik süresinin bitmemiş olması, 2) Türkiye'nin tamamını kapsamaması (bu kapsamda Türkiye'nin yalnızca Avrupa topraklarını kapsayan yeşil kart sertifikaları⁶⁶ kabul edilmeyecektir), 3) Yeşil kart sertifikasında TR rumuzunun üzerinin çizilmemesi yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının yurda girişinde ibraz edilen yeşil kart sigorta sertifikalarında aranacaktır. Ayrıca bahse konu Gümrük Genel Tebliği (Seri No: 1) m. 24/3 hükmü uyarınca, belgeler üzerinde kazıntı, silinti yapılmış ve usulüne uygun olarak düzeltilerek imzalanıp kaşelenmemiş ise bu belgeler kabul edilmeyecektir.

5. Mali Sorumluluk Sigortası Zorunluluğundan Muaf Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtları

Bazı yabancı plakalı motorlu kara taşıtları uluslararası anlaşmalar doğrultusunda mali sorumluluk sigortası yaptırılması zorunluluğundan muaf olabilmektedir. Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk İçin Yaptırılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 6/2 hükmü de ülkemizin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar veya ilgili mevzuat çerçevesinde sorumluluk sigortasından muaf tutulan motorlu kara taşıtları ve kişilerin tâbi olduğu mevzuat hükümlerini saklı tutmuştur.

2004 yılında 5265 sayılı Kanun⁶⁷ ile KTK'ya eklenen KTK m. 91/7 hükmü de "*Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde, ortak savunma veya barış harekâtı çerçevesinde Türkiye'de harekât, eğitim veya tatbikat maksadıyla bulunmasına izin verilen yabancı silâhli kuvvetlerin neden olabileceği hasar ve zararların tazmini konularının özel bir anlaşmayla düzenlendiği hallerde, bu kapsamda Türkiye'ye girecek yabancı askerî araçlar bakımından bu madde hükmü uygulanmaz.*" demek suretiyle yabancı askerî motorlu kara taşıtları bakımından mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğuna istisna getirmiştir. Bu doğrultuda, Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme⁶⁸ m. VIII/5 hükmü gereği Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) üye ülkeleri silâhli kuvvetlerine ait taşıtların Türkiye'deki görevleri sırasında vermiş oldukları zararlar için davanın Türkiye devleti aleyhine açılacağı⁶⁹ öngörülerek ayrı bir hasar

⁶⁶ Yeşil kart sistemi başlangıçta Avrupa kıtası için öngörüldüğü için Türkiye'nin Asya kıtasındaki topraklarını kapsamaması için yeşil kartı düzenleyen sigorta şirketleriyle ayrı bir sigorta sözleşmesinin yapılması gerekebilmektedir. Bknz. Reinhard Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs : Handbuch und Kommentar* (4. Auflage, De Gruyter 2007) 429-430.

⁶⁷ Resmi Gazete T. 07/12/2004 S. 25663.

⁶⁸ Resmi Gazete T. 11.05.1953 S. 8832.

⁶⁹ Emin Şahin ve Veysel Gültaş, *Uygulamada Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet 2003) 376-377.

ve tazminat sistemi düzenlendiği için yabancı plakalı bu taşıtlar mali sorumluluk sigortası zorunluluğundan muaf tutulacaktır.

D. Geçici İthalat Yoluyla Yurda Giren Yabancı Plakalı Kara Taşıtları İçin Sigorta Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesinin Sonuçları

1. Genel Olarak

2918 sayılı KTK m. 91/1 hükmü, “İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.” demektedir. Zorunlu mali sorumluluk sigortası sayesinde motorlu araçları işletenler hukuken sorumlu olma rizikosuna karşı kendilerini güvence altına almakta ve tazminat ödemesi nedeniyle malvarlığının azalmasına karşı kendilerini korumaktadırlar⁷⁰. Yabancı plakalı motorlu araç işleteni KTK m. 91 hükmü doğrultusunda zorunlu mali sorumluluk yaptırmadığı takdirde KTK m. 85/1 hükmü çerçevesindeki hukuki sorumluluğu bakımından⁷¹ sigorta güvencesinden mahrum kalacaktır.

KTK m. 91/5 hükmü uyarınca, “Geçerli teminat tutarları üzerinden zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmayan araçlar trafikten men edilir.” Mezkûr hüküm doğrultusunda zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmayan veya süresi biten yabancı plakalı motorlu kara taşıtları da yerli plakalı taşıtlar gibi trafikten men edilmelidir. Bu madde kapsamında trafikten men edilen taşıtlarının sigortasının yapıldığının ilgili kayıtlarından tespit edilmesi veya sigorta poliçesinin ibrazı halinde trafiğe çıkışına izin verilir⁷².

Ayrıca mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğunun yerine getirilmemesi halinde KTK kapsamında idari para cezası tatbik edilmesi mümkündür ve motorlu araç işletenlerin bu bakımdan sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Motorlu araç işletenlerin zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmama zorunluluğunu düzenleyen KTK m. 91 hükmünün son fıkrasına göre, “Bu madde hükmüne uymayanlar 1 800 000 lira para cezası ile cezalandırılırlar.” Bu doğrultuda zorunlu mali sorumlu-

⁷⁰ Vural (n 36) 11.

⁷¹ KTK m. 85/1 hükmü yoluyla motorlu araç işletenler için tehlike esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk öngörülmesi ve motorlu araç işletenin kusuru bulunmasa dahi motorlu aracın işletilmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmuştur: Bknz. Çelik (n 35) 66; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, Beta 2021) 237; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Legem 2023) 772. Sorumluluğun doğması için gerekli şartlar; motoru aracın işletilmesi, zarar, illiyet bağının mevcut olması (olumlu şartlar) ve olumsuz şart olarak işletenin kurtuluş kanıtı getirememiş olmasıdır. Sorumluluğun şartları ve olumlu-olumsuz şartlar ayrımı için ayrıca bknz. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 26. Bası, Turhan 2022) 495 vd.; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin 2014) 438 vd.

⁷² Bknz. Bedrettin Murat, *Trafik Yönetimi ve Denetimi* (Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Adalet 2014) 136. Ayrıca bknz. Karayolları Trafik Yönetmeliği (Resmi Gazete T. 18.07.1997, S. 23053) m. 125/4.

luk sigortası zorunluluğunu yerine getirmeyenler için mezkûr hüküm çerçevesinde idari para cezası tatbik edilecektir. Söz konusu idari para cezası yerli ve yabancı plakalı kara taşıtı ayrımı gözetilmeksizin uygulanacaktır. KTK m. 115/8 hükmü doğrultusunda da yabancı plakalı araçlara uygulanacak olan trafik idari para cezaları, tebligat şartı aranmaksızın sürücüsü bilgilendirilmek suretiyle tahsil edilecek ve trafik cezaları tahsil edilmeden yabancı plakalı aracın ülkeyi terk etmesine izin verilmeyecektir.

Yabancı plakalı kara taşıtlarının yurda girişinde mali sorumluluk sigortası veya yeşil kart gibi ona eşdeğer sigorta poliçesinin bulunması zorunluluğu, gümrük mevzuatı kapsamında da düzenlendiği için bu zorunluluğa aykırılık durumunda GK m. 241/1 kapsamındaki usulsüzlük cezasının da tatbik edilip edilmeyeceği veya içtima edilip edilmeyeceği⁷³ gündeme gelebilir. Konu Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği'nde (Seri No: 1) de düzenlenmiş ve anılan Tebliğ'in m. 19/3 hükmü usulsüzlük hallerinde Kanunun 241 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca işlem yapılacağını hükme bağlamıştır. Ancak yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için mali sorumluluk sigortası yaptırılması zorunluluğu, taşıtların geçici ithalat yoluyla yurda girişinde gümrük vergilerinin veya ayniyetin takibine ilişkin olmayıp karayolları trafik mevzuatından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için de mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğunun yerine getirilmemesi durumunda münhasıran KTK m. 91/8 hükmünde yer alan cezanın tatbik edilmesi, gümrük mevzuatında yer alan vergi kaybına neden olan kabahatlere ilişkin cezaların veya usulsüzlük cezasının tatbik edilmemesi gerekir.

Hülasa yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için zorunlu mali sorumluluk sigortasının yaptırılmaması durumunda işletenler sigorta güvencesinden yoksun kalacaktır. Hukuki sorumluluğun yanı sıra aracın trafikten men edilmesi ve KTK hükümlerine aykırılık sebebiyle idari para cezası tatbik edilmesi gibi idari ve cezai sonuçları da bulunacaktır.

⁷³ Kabahatler Kanunu uyarınca failin tek bir fiille GK m. 241 yanında başka bir kabahat de işlediği takdirde GK m. 241 uyarınca verilecek para cezası diğer kabahatin yaptırımından daha fazla ise m. 241 hükmündeki para cezası uygulanacaktır. Bknz. Kılıç (n 33) 895. Yabancı plakalı kara taşıtlarının yurda girişinde mali sorumluluk sigortası veya yeşil kart gibi ona eşdeğer sigorta poliçesinin bulunması zorunluluğuna uyulmadığı durumda GK m. 241/1 ve KTK m. 91/8 hükümlerinde yer alan idari para cezalarının içtimaya konu olacağı kabul edildiği takdirde ise daha yüksek miktar olan GK m. 241/1 hükmünde yer alan idari para cezası uygulanmalıdır. Yukarıda ifade incelendiği üzere, 2024 yılı için GK m. 241/1 hükmündeki kabahatin işlenmesi hâlinde 828 TL idari para cezası tatbik edilirken, KTK m. 91/8 hükmü için 690 TL tutarında idari para cezası öngörülmüştür. Yerli plakalı motorlu kara taşıtının işleteni zorunlu mali sorumluluk sigortasını yaptırmadığı durumda KTK m. 91/8 hükmü çerçevesinde 690 TL idari para cezası ile karşılaşırken, KTK m. 91/8 ve GK m. 241/1 hükümlerinin içtimaya konu edilmesi kabul edilirse geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapan yabancı plakalı motorlu kara taşıtının işleteni GK m. 241/1 hükmü çerçevesinde 828 TL idari para cezası ile karşılaşacaktır. Bu durumda da kanaatimizce yerli ve yabancı plakalı araçlar için gereksiz ayırım yapılmış olur.

2. İdarenin Sorumluluğu Bakımından

Yukarıda izah edildiği üzere, geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapacak motorlu kara taşıtlarının yurda girişinde idare tarafından zorunlu mali sorumluluk sigortası belgelerinin kontrol edilmesi ve sigorta teminatı bulunmayan motorlu kara taşıtlarının ülkemize girişine izin verilmemesi gerekmektedir. İdarenin ihmali sonucu yabancı plakalı motorlu kara taşıtı ülkemizde geçerli mali sorumluluk sigortası teminatı olmamasına rağmen geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapmış ve bir zarara yol açmışsa, zarar görenler sigorta aracılığıyla zararlarının giderilmesi imkanından yoksun kalacaklardır. Bu durumda zarar görenlerin, taşıtın geçerli zorunlu mali sorumluluk sigortası olmamasına rağmen yurda girişinde gerekli tedbirleri almayan ve bu taşıtı trafikten men etmeyerek karayollarında hareket etmesine mani olmayan idare aleyhine idarenin hizmet kusuru sebebiyle dava açabileceği kabul edilmektedir⁷⁴. Uyuşmazlık Mahkemesi kararları⁷⁵ uyarınca KTK m. 110 hükmü doğrultusunda trafik kazasına neden olan yabancı plakalı taşıtın Türkiye’de geçerli zorunlu mali sorumluluk sigortası olmamasına rağmen idare tarafından yurda girişine izin verilmesi sebebiyle açılacak davalarda adli yargı görevlidir.

3. Güvence Hesabının Sorumluluğu Bakımından

Zorunlu mali sorumluluk sigortası tespit edilemeyen veya sigortası bulunmayan araçların sebep olduğu zararların karşılanması amacıyla 2918 sayılı KTK m. 108 hükmünde “Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı” düzenlenmiş, 2007 yılında Sigortacılık Kanunu’nun⁷⁶ (SK) kabulüyle birlikte bu hüküm ilga edilerek söz konusu garanti fonu yerine “Güvence Hesabı” ihdas edilmiştir⁷⁷. Güvence Hesabının kurulmasıyla birlikte, SK m. 14 hükmünde belirtilen ve kamu menfaatinin korunması amacıyla ihdas edilen zorunlu sigortaların hiç ya da gereği gibi yaptırılmadığı veya sorumlunun tespit edilemediği yahut zorunlu sigortayı yaptıran sigortacının iflası gibi bazı özel durumlarda zarar görenlerin menfaatlerinin korunmasına devam edilmektedir⁷⁸. Zorunlu mali sorumluluk sigortası da SK m. 14 hükmünde belirtilen zorunlu

⁷⁴ Çelik (n 35) 212 vd.

Aynı yönde bkz. Danıştay 8. D, E. 1996/3, K. 1998/527, T. 20.02.1998 <<https://karararama.danistay.gov.tr>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

⁷⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2019/74, K. 2019/160, T. 25.02.2019; E. 2021/430, K. 2021/453, T. 20.09.2021 <<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

Öte yandan, doktrinde Uyuşmazlık Mahkemesi’nin muhtelif kararlarında KTK m. 110 hükmünü çok geniş yorumlayarak idarenin motorlu araç işleten olduğu durumların yanı sıra aşlında hizmet kusuru olduğu için idari yargıda görülmesi gereken durumlar da dahil olmak üzere, Kanunda kamu kurumlarına görev olarak verilen her türlü yükümlülüğün ihlalini adli yargı içerisinde değerlendirdiği ve bunun isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. Bknz. Hasan Petek ‘Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukukî Sorumluluğu’, (2015) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, 3303 vd.

⁷⁶ Resmi Gazete T. 14/6/2007, S. 26552

⁷⁷ Zekeriya Tepedelen, *Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı* (Adalet 2017) 30-31.

⁷⁸ Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Sigortacılık Kanunu Şerhi* (Oniki Levha 2012) 196.

sigortalardandır. Bu çerçevede, motorlu araç için kaza sırasında geçerli zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmaması veya eksik olması durumları (sigorta poliçesindeki teminatın asgari teminat limitlerinden az olması) zarar görenlerin Güvence Hesabına başvuracakları hallerdendir⁷⁹. Bu minvalde, zarar göreni koruma gayesi sebebiyle Türkiye’de geçerli zorunlu mali sorumluluk sigortası veya ona eşdeğer yeşil kartı bulunmayan yabancı plakalı aracın sebep olduğu zararlar bakımından da Güvence Hesabına başvurulabilmelidir⁸⁰. Ancak motorlu araç işletenlerin zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmaması durumunda zarar görenlere karşı ödemeyi yapan Güvence Hesabı sorumlulara karşı rücu edebilecektir⁸¹.

SONUÇ

Geçici ithalat rejimi serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen veya kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın kullanılması ve yeniden ihracına olanak sağlayan ekonomik etkili bir gümrük rejimidir. Yabancı plakalı motorlu kara taşıtları da geçici süreliğine kullanılmak üzere serbest dolaşıma girmeksizin ve gümrük vergileri ödenmeksizin geçici ithalat yoluyla yurda giriş yapmaktadır. Bu taşıtların yurda giriş ve kullanım şartları, kalış süreleri, giriş ve çıkış işlemleri ve yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının yurda girişi ve kullanımını sağlayan geçici ithalat rejiminin ihlali gümrük mevzuatında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Geçici ithalata ilişkin gümrük mevzuatında yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının yurda girişinde Türkiye’de geçerli mali sorumluluk sigortasının veya ona eşdeğer uluslararası yeşil kart sertifikalarının bulunması zorunluluğu da yer almaktadır. Öte yandan, motorlu kara taşıtları için mali sorumluluk sigortası yaptırılması zorunluluğu esasen 2918 sayılı KTK’den kaynaklanmaktadır. KTK m. 91/6 hükmü yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için Türkiye’de geçerli sigortaları yoksa bunlar için zorunlu mali sorumluluk sigortasının bu araçların Türkiye sınırlarına girişleri esnasında yapılacağını düzenlemiş ve KTK m. 91/7 hükmü de yabancı silâhli kuvvetlerin neden olabileceği hasar ve zararların tazmini konularının özel bir anlaşmayla düzenlendiği hallerde yabancı askeri taşıtları bu zorunluluktan muaf tutmuştur.

Yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının yurda girişinde sigorta poliçelerinin kontrol edilmesini öngören gümrük mevzuatındaki düzenlemeleri gümrük personeline yönelik tamamlayıcı hükümler olarak görmek uygun olacaktır. Zorunlu mali

⁷⁹ Tepedelen (n 77) 74.

⁸⁰ Çelik (n 35) 213; Esra Yıldız Nomer, *Trafik Sigortasında Garanti Fonu* (Beta 2000) 12. Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2022/5478, K. 2022/13114, T. 26.10.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2021/14497, K. 2022/15164, T. 22.11.2022, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2024.

Konuyla ilgili tartışmalar ve meselenin farklı ülkelerdeki garanti fonları arasındaki anlaşmalar yoluyla çözülmesinin daha uygun olacağı hakkında ayrıca bkz. Tepedelen (n 77) 129-131.

⁸¹ Tepedelen (n 77) 218. Ayrıca bkz. Güvence Hesabı Yönetmeliği (Resmi Gazete T. 26/7/2007, 26594) m. 16.

sorumluluk sigortası, gümrük vergilerinden muafiyet sağlayan geçici ithalat rejimi ile ilgili olmayıp karayolunda can ve mal kayıplarında maddi zararın tazminini sağlamaya yöneliktir ve yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla geçici ithalat rejiminin şartlarından biri değildir. Bu çerçevede, yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarına yönelik sigorta zorunluluğuna ilişkin hükümlerin yalnızca karayolları trafik mevzuatında düzenlenmesi olası karışıklıkların önüne geçebilir.

Yabancı plakalı motorlu kara taşıtları için mali sorumluluk sigortasının yaptırılmamış olmasının hukuki ve cezai sonuçlarını gümrük mevzuatında değil, karayolları trafik mevzuatında aramak gerekir. Zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmayan yerli plakalı taşıtlar gibi yabancı plakalı taşıtlar için de KTK m. 91/5 hükmünde yer alan trafikten men tedbiri ve KTK m. 91/8 hükmünde yer alan idari para cezası tatbik edilecektir. Bunlara ek olarak, yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının zorunlu mali sorumluluk sigortası olmaksızın yurda girişine ve ülkede dolaşımına izin veren devletin ve Güvence Hesabının sorumluluğu da söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Aşçıoğlu Ç, *Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları* (1989).
- Akçin R, *Tüm Yönleriyle Gümrük İşlemleri* (Poyraz Ofset Matbaacılık ve Reklam Hizmetleri 2021).
- Alkan O N, *Trafik Kazalarında Sigortacının Sorumluluğu* (Adalet 2021).
- Ayhan R ve Çağlar H, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, Cilt I (Yetkin 2018).
- Canitez M, *Uygulamalı Gümrük Mevzuatı* (Öz Baran Ofset Matbaacılık 2008).
- Convention on Temporary Admission, <<https://www.wcoom.org/en/about-us/legal-instruments/~media/2D53E23AA1A64EF68B9AC708C6281DC8.ashx>> (1.7.2024).
- Çelik A, *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu* (Seçkin 2021).
- Directive 2009/103/EC of The European Parliament and of The Council, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02009L0103-20231223>> (1.7.2024).
- Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Başkanlığı, 2024 Yılı Trafik Ceza Rehberi, <<https://www.trafik.gov.tr/trafik-mevzuat>> (1.7.2024).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Legem 2023).
- Eser L Y ve Polat S, 'Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarında Motorlu Taşıtlar Vergisi Sorunu' (2019) 12 (2) Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, <<https://doi.org/10.29067/muvu.402078>> (1.7.2024), 439-460.

Greger R, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs: Handbuch und Kommentar* (4. Auflage, De Gruyter 2007).

Havutçu A ve Gökyayla E, *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Sorumluluk*, (Seçkin 1999).

İnan A N ve Yücel Ö, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin 2014).

Kabukçuoğlu Özer F D, *Sigortacılık Kanunu Şerhi* (Oniki Levha 2012).

Kainz M Michtner N ve Reisinger W, *Die Kfz-Versicherung : Ein praxisorientierter Grundriss* (2. Auflage, Verlag Österreich 2022).

Karacan Çetin H, *Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)* (Seçkin 2016).

Karasu R, *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)* (Yetkin 2016).

Kılıç K, *Kaçakçılık Suçları-Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları* (Gazi 2013).

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 26. Bası, Turhan 2022)

Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi 2001).

Küçükkeskin D, *Yabancı Plakalı Araçların Sebep Olduğu Zararların Tazmininde Yeşil Kart Sistemi* (Seçkin 2023).

mevzuat.net, <<https://www.mevzuat.net/>> (1.7.2024).

Murat B, *Trafik Yönetimi ve Denetimi* (Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Adalet 2014).

Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, Beta 2021).

Ok A, *Türk Hukukunda Gümrük Vergileri ve Cezaları*, Doktora Tezi (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006)

Petek H, 'Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluğu' (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3287-3342.

Pfennigstorf W, 'Unification of the Protection of Traffic Victims in Europe' (1966-1967) 15(3) The American Journal of Comparative Law, <<https://doi.org/10.2307/838276>> (20.9.2024), 436-456.

Schmitt W ve Schomaker F, *Das Londoner Muster-Abkommen: Grundlagen der internationalen Schadenregulierung aufgrund der Grünen Karte oder nach dem ausländischen Kfz-Kennzeichen*, (Springer 1993).



Strassenverkehrsgesetz (SVG), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1959/679_705_685/de>, (1.7.2024).

Şahin E ve Gültaş V, *Uygulamada Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet 2003)

Tekin A ve Tekin Ü E, *4458 Sayılı Gümrük Kanunu'na Göre Gümrük İşlemleri: Mevzuat-Teori-Uygulama-Vergilendirme* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2018).

Tepedelen Z, *Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı* (Adalet 2017).

Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü, *Yabancı Plakalı Kara Taşıtları İçin Yolcu Rehberi*, (2024), <<https://ticaret.gov.tr/data/5d4831d913b8762b40ceade8/8.1.2024%20Yabanc%C4%B1%20Plakal%C4%B1%20Kara%20Ta%C5%9F%C4%B1tlar%C4%B1%20%C4%B0%C3%A7in%20Yolcu%20Rehberi-2024.pdf>> (1.7.2024).

Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/>> (1.7.2024).

Ulaş I, *Uygulamalı Sigorta Hukuku: Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (Genişletilmiş 3. Baskı, Turhan 2002).

Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı, <<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>> (1.7.2024).

Vural G, *Trafik Sigortası: Motorlu Taşıtların Zorunlu Sorumluluk Sigortası* (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi 1981).

Yeşilbayrak N, *Geçici İthal Edilen Kişisel Kullanıma Mahsus Yabancı Plakalı Kara Taşıtlarına İlişkin Araştırma ve Çalışma Raporu* (Gümrük Muayene Memurları Derneği 2016).

Yıldız Nomer E, *Trafik Sigortasında Garanti Fonu* (Beta 2000).

Yüce M ve Çelikkaya A, *Örnek Uygulamalarla Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları* (Dora 2016).

KAT MÜLKİYETİ KANUNU KAPSAMINDA ÇOCUKLARIN ORTAK YERLERDE OYUN OYNAMA HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI SORUNU

*The Issue of Restricting Children's Right to Play
in Common Areas under the Condominium Law*

Ayşenur ŞAHİN CANER*

Özet

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında yönetilen apartman veya sitelerde yaşayan çocukların ortak yerlerde oyun oynamasından rahatsız olan kat malikleri, yönetim planlarıyla, bu mümkün olmadığı takdirde ise kat malikleri kurulu kararlarıyla çocukların oyun oynama hakkına ilişkin birtakım sınırlamalar getirmektedirler.

Kanun koyucu kat maliklerinin yükümlülüklerini aynı bina veya site içerisinde oturan kişiler arasındaki komşuluk ilişkilerinin hususiyetini de göz önünde bulundurarak karar verdiği ve özellikle gürültünün komşuların tahammül sınırını aşmadığının ses ölçüm cihazlarıyla alanında uzman bilirkişiler tarafından düzenlenecek bilirkişi raporlarıyla belgelenmesini aradığı görülmektedir. Yargıtay'ın komşuların menfaatlerini dengelemeye yönelik bu hassasiyetine karşın kat maliklerinin çocukların ortak yerlerde oyun oynamalarını, hatta günün belli saatlerinde bahçeye çıkmalarını yasaklayan kararlar aldıkları görülmektedir. Hiçbir hukuki gerekçeyle dayanmayan, çocukların ve ailenin korunmasına ilişkin Anayasamızın 41. maddesine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 31. maddesine, Türk Medeni Kanunumuzda düzenlenen kişilik hakkı ve mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin emredici hükümlere aykırı bu kararlar, kat maliklerine dayatılmaktadır. Böyle bir kararlarla karşılaşan kat malikleri, kira veya sükna hakkı sahipleri veya herhangi bir nedenle sürekli olarak bu yerleri kullanan kişiler alınan bu kararların emredici hükümlere aykırı olması nedeniyle iptalini, anagayrimenkulün bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden herhangi bir süre şartına bağlı olmaksızın talep edebilirler.

Uygulamada kat malikleri arasında gürültüden kaynaklanan uyumsuzluklarda Yargıtay'ın komşular arasındaki ilişkinin hassasiyetini de göz önünde bulundurarak karar verdiği ve özellikle gürültünün komşuların tahammül sınırını aşmadığının ses ölçüm cihazlarıyla alanında uzman bilirkişiler tarafından düzenlenecek bilirkişi raporlarıyla belgelenmesini aradığı görülmektedir. Yargıtay'ın komşuların menfaatlerini dengelemeye yönelik bu hassasiyetine karşın kat maliklerinin çocukların ortak yerlerde oyun oynamalarını, hatta günün belli saatlerinde bahçeye çıkmalarını yasaklayan kararlar aldıkları görülmektedir. Hiçbir hukuki gerekçeyle dayanmayan, çocukların ve ailenin korunmasına ilişkin Anayasamızın 41. maddesine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 31. maddesine, Türk Medeni Kanunumuzda düzenlenen kişilik hakkı ve mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin emredici hükümlere aykırı bu kararlar, kat maliklerine dayatılmaktadır. Böyle bir kararlarla karşılaşan kat malikleri, kira veya sükna hakkı sahipleri veya herhangi bir nedenle sürekli olarak bu yerleri kullanan kişiler alınan bu kararların emredici hükümlere aykırı olması nedeniyle iptalini, anagayrimenkulün bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden herhangi bir süre şartına bağlı olmaksızın talep edebilirler.

Anahtar Kelimeler: Çocukların Oyun Oynama Hakkı, Kat Mülkiyeti, Yönetim Planı, Kat Malikleri Kurulu Kararı, Ortak Yer.

Abstract

Owners of apartments or sites managed under the Condominium Law No. 634, who are disturbed by children playing in common areas, impose certain restrictions on children's right to play through

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.08.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aysenurcaner@uludag.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7443-8617>.

management plans or, if this is not possible, by decisions of the owners' assembly.

The legislator, considering the specificity of neighborly relations among individuals living in the same building or site, has regulated in detail in the Condominium Law to ensure that neighbors live in peace and tranquility. Additionally, condominium owners are also obligated to fulfill the obligations arising from the law of neighborhood under the Turkish Civil Code.

In practice, it is observed that in disputes among condominium owners arising from noise, the Court of Cassation takes into account the sensitivity of relations between neighbors and specifically seeks documentation through expert reports prepared by experts in the field, especially whether the noise exceeds the tolerance limit of neighbors, using sound measurement devices. Despite the Court of Cassation's sensitivity towards balancing the interests of neighbors, it is observed that condominium owners make decisions prohibiting children from playing in common areas, and even going out into the garden at certain times. These decisions, which are contrary to the imperative provisions of our Constitution Article 41 on the protection of children and families, Article 31 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, and the imperative provisions regarding the protection of personality rights and property rights regulated in our Turkish Civil Code, are imposed on condominium owners without any legal basis. Condominium owners, tenants, usufruct holders, or any individuals who use these places continuously for any reason, upon encountering such a decision, may request its annulment from the peace court where the main real estate is located without being subject to any time limitation.

Keywords: Children's Right to Play, Condominium Ownership, Management Plan, Decisions of the Owners' Assembly, Common Area.

GİRİŞ

Kat mülkiyeti, kat maliklerine bağımsız bölümler üzerinde bireysel mülkiyet, ortak alanlarda ise paylı mülkiyet sağlayan kendine özgü nitelikleri olan bir mülkiyet türüdür.

Aynı bina veya site içerisinde yaşayan kat malikleri arasında yaşanan uyuşmazlıklar her geçen gün farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Esasında kat mülkiyetine ilişkin birçok uyuşmazlık komşuluk hukuku kuralları çerçevesinde oldukça kolay çözülebilecekken, uyuşmazlıkların büyük bir kısmı kar topu gibi büyüyerek çok karmaşık ve çözümsüz hale gelmektedir. Uygulamada 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) kapsamında yönetilen apartman veya sitelerde yaşayan çocukların ortak alanlarda oyun oynamasından rahatsız olan kat malikleri, yönetim planlarıyla, bu mümkün olmadığı takdirde ise kat malikleri kurulu kararlarıyla çocukların oyun oynama hakkına ilişkin birtakım sınırlamalar getirmektedirler. Çocukların oyun oynama haklarını sınırlandıran bu kararlar yaygın bir şekilde uygulanılmakta ve bu kararlara uyulması gerekliliğine ilişkin yaygın bir anlayış bulunmaktadır.

Çalışmada öncelikle kat mülkiyeti ve ortak yerlere ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra kat maliklerinin ortak yerlerden yararlanma hakkı üzerinde durulacak, ardından kat maliklerinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) gereğince komşuluk hukukundan doğan yükümlülükleri ile KMK'dan doğan yükümlülükleri ele alınacaktır. Kat maliklerinin KMK'dan doğan yükümlülükleri kapsamında çalışmamızın esasını oluşturan kat maliklerinin birbirlerini rahatsız etmeme yükümlülükleri ile kat maliklerinin yönetim planı ve kat malikleri kurulu kararlarına uyma yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise çocukların ortak yerlerde oyun

oynama hakkını sınırlayan kararların emredici hükümlere aykırılığı izah edilecek ve çalışma kat maliklerinin emredici hükümlere aykırı yönetim planları ve kat malikleri kurulu kararlarına karşı başvurabileceği hukuki imkanlarla sonlandırılacaktır.

I. GENEL OLARAK KAT MÜLKİYETİ VE ORTAK YERLER

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 1 uyarınca kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından bu Kanun hükümlerine göre kurulan bağımsız mülkiyet haklarıdır. KMK m. 2'de kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütünü anagayrimenkul, anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, koruma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerleri ortak yerler, kat maliklerinin ortak malik sıfatıyla paydaşı buldukları bu yerler üzerindeki faydalanma hakları ise kullanım hakkı olarak tarif edilmiştir.

Doktrinde ortak yerler, bağımsız bölümlere bağlı olan ve kat maliklerinin üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahip oldukları yerler şeklinde tarif edilmiştir¹. KMK m. 4'te ise kanun koyucu ortak yerlerin konusunun sözleşme ile belirlenebileceğini ifade ettikten sonra hükümde yazılı yerler ve şeylerin KMK uyarınca her halde ortak yer sayılacağını hükme bağlamıştır. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 4/1'de kanun gereğince her halde ortak yer sayılan yerler şunlardır:

“a) Temeller ve ana duvarlar; taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar; bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar; tavan ve tabanlar; avlular; genel giriş kapıları, antreler; merdivenler; asansörler; sahanlıklar; koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar; kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar; elektrik, su ve hava gazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar;”

¹ Kemal Tahir Gürsoy ve Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978) 474; Jale Akipek ve Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. bs Beta Yayınevi 2018) 420; Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (25. bs Filiz Kitabevi 2023) 732, 733; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 8. bs Legem Kitabevi 2024) 151; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (16. bs Barış Yayınları 2021) 458; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (4. bs Vedat Kitapçılık 2014) 218, 219; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, (10. bs Adalet Yayınevi 2020) 546; Seda Öktem Çevik, *Toplu Yapılarda Yönetim* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 39; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (2. bs On İki Levha Yayıncılık 2023) 116.

² 14/11/2007 tarihli ve 5711 sayılı Kanununun 2 nci maddesiyle; bu bende “*Temeller ve ana duvarlar*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar*” ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir.

b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri,

c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri”.

Yukarıda sayılanların dışında kalmakla birlikte ortaklaşa kullanılan, korunan veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de ortak yer konusuna girmektedir (KMK m. 4/II).

Kanaatimizce KMK m. 4/I’de sayılan ortak yerler dışında çocukların oyun oynamasına uygun olan ve kat malikleri tarafından ortaklaşa kullanılan, korunan ve faydalanılan bahçe gibi yerlerin de ortak yer olarak kabul edilmesi gerekir³.

II. KAT MALİKLERİNİN ORTAK YERLERDEN YARARLANMA HAKKI

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 16/I uyarınca kat malikleri anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar. Bu hüküm gereğince kat maliklerinden her biri ortak yerlerde paylı mülkiyet hakkına sahip olup, malikin ortak yerlerdeki mülkiyet payı, arsa payı oranındadır. Kat malikleri genel nitelikteki paylı mülkiyetten farklı olarak arsa ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet haklarını bağımsız bölümden ayrı olarak başkasına devredemeyecekleri gibi sınırlı ayni haklarla da sınırlandıramazlar. Bu nedenle doktrinde kat maliklerinin ortak yerler üzerindeki paylarının bağımsız bölümdeki mülkiyet hakkına bağlı olduğu kabul edilmektedir⁴.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 16/II uyarınca kat malikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça, her kat malikine ait arsa payı ile oranlı olmakla birlikte, KMK m. 16/II’de kat maliklerinin sözleşme ile bu kuralın aksini kararlaştırabilecekleri hükme bağlanmıştır⁵. KMK m. 16/II gereğince kat malikleri ortak yerleri kullanma hakkının somut ölçüsünü ve şeklini aralarında anlaşarak kararlaştırabilirlerse de asansör, apartman girişi gibi yerler nitelikleri gereği kat maliklerinin arsa payı ne olursa olsun eşit olarak kullanılmalıdır⁶.

³ Doktrinde bahçenin ortak kullanım yeri niteliğinde ortak yerlerden olduğu ifade edilmiştir, bkz. Ayan (n 1) 574; Genç Arıdemir (n 1) 155.

⁴ Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 480, 481; Aybay ve Hatemi (1) 227; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (10. bs Yetkin Yayınları 2022) 521; Ertaş, *Eşya Hukuku* (n 1) 472; Ayan (n 1) 573; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 526; Öktem Çevik (n 1) 40, 41.

⁵ Doktrinde ortak yerlerin kullanımında temel kriter olarak aksine düzenleme yapılmadıkça arsa payı kriterini esas almanın hakkaniyete uygun düşmediği ileri sürülmüştür, bkz. Seda Öktem Çevik, *Eşya Hukukunun Temel İlkeleri ve Kat Mülkiyeti Kanunu Hükümleri Uyarınca Arsa Payının Düzeltilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 91.

⁶ Sirmen (n 4) 522; Akçaal (n 4) 538; Öktem Çevik (n 5) 90, 91.

Kanaatimizce kat malikleri çocukların ortak yerlerde oyun oynama hakkını, ebeveynlerinin arsa payı oranında sınırlandıramayacağından, çocukların ebeveynlerinin arsa payları ne olursa olsun oyun oynamaya elverişli olan ortak yerleri eşit olarak kullanma hakkına sahip oldukları sonucuna varılmalıdır.

III. KAT MALİKLERİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Bir binada oturanlar arasındaki komşuluk ilişkilerinin hususiyetini göz önünde bulunduran kanun koyucu, komşuların huzur ve barış halinde yaşamalarını sağlamak amacıyla, KMK'da kat maliklerinin yükümlülüklerini ayrıntılı şekilde düzenlemiştir⁷.

Kat maliklerinin yükümlülükleri KMK'dan doğan yükümlülüklerle sınırlı olmayıp, kat maliklerinin ayrıca TMK'nın komşuluk hukukundan doğan yükümlülükleri de bulunmaktadır⁸.

B. Kat Malikinin Türk Medeni Kanunu'nun Komşuluk Hukukundan Doğan Yükümlülükleri

1. Genel Olarak

Taşınmaz malların yer itibarıyla birbirine bitişik veya yakın olması sebebiyle komşu taşınmaz malikleri, mallarından yararlanırken veya bunları kullanıp işletirken birbirlerinin durum ve menfaatlerini göz önünde bulundurmakla yükümlüdürler. Komşuluk hukuku kuralları birlikte yaşamının zorunluluğunun bir sonucu olarak taşınmaz malikinin yetkilerini belirli oranda sınırlayan kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır⁹. Doktrinde komşu kavramı geniş anlaşılmış ve bir taşınmazın kullanılması veya işletilmesinden konum ve durumu itibarıyla olumsuz etkilenen ve birbirleriyle bitişik olmayan taşınmaz maliklerinin de komşu olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında TMK'nın komşuluk hukukundan doğan yükümlülüklerinden konumuzu doğrudan ilgilendiren taşkın kullanma yasağı üzerinde durulacak, diğer yükümlülüklerle çalışmada yer verilmeyecektir.

⁷ Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 735.

⁸ Sirmen (n 4) 522, 523.

⁹ Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 636; Eren (n 1) 382.

¹⁰ Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 640; Jale G. Akipek, 'Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Kavram ve Mahiyeti' (1954) 11 [1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 338; İ. Sahir Çörtoğlu, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları* (MK 661) (Olgaç Matbaası 1982) 62, 63; Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 646; Eren (n 1) 382; Tarkan Göksu, "Art. 684", Ruth Arnet und Peter Breitschmid und Alexandra (Hrsg.) Jungo, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. bs 2023) N. 18; komşuluk kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Alaattin Bük, *Uygulamada Komşuluk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 21, 23.

2. Taşkın Kullanma Yasağı

a. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m. 737/I gereğince herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Kanun koyucu TMK m. 737 ile taşınmaz mülkiyetinden doğan haklara pozitif ve negatif yönden sınırlama getirerek, malikin etki ve sonuçlarını kendi taşınmazının dikey ve yatay sınırlarını aşarak komşusunun taşınmazında gösterebileceği faaliyetlerde bulunmaya hangi oranda yetkili olduğunu göstermiş, ayrıca kendi taşınmazı dışında komşu taşınmaz malikin yapacağı faaliyetlerin etki ve sonuçlarına komşu malikin ne dereceye kadar katlanması gerektiğini de hükme bağlamıştır¹¹.

Taşınmaz malikin komşuluk hukukundan doğan yükümlülükleri yapmama (kaçınma), katlanma ve yapma yükümlülükleridir¹². Bu yükümlülüklerle kanun koyucu taşınmaz malikine komşularına karşı mülkiyet hakkını taşkın kullanmaktan kaçınmak, diğer bir ifadeyle bazı davranış ve faaliyetleri yapmama yükümlülüğü yüklemiştir¹³.

Türk Medeni Kanunu m. 737/II'de taşınmaz malikin komşuya karşı kaçınması gereken davranışlar, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık verme şeklinde örnekleyici olarak sayılmıştır. Kural olarak kanun koyucu bu gibi davranış ve olayların komşu taşınmazda meydana getirdiği olumsuz etkiyi caiz görerek komşu malike katlanma ödevi yüklemiştir ki, TMK m. 737'nin özü ve amacının da bu olduğu doktrinde isabetli şekilde ifade edilmiştir. Ancak bu olumsuz etkinin komşuya zarar verecek oranda

¹¹ Eren (n 1) 383; Ertaş, *Eşya Hukuku* (n 1) 429; Zobl Dieter: "Art. 684", Robert Haab und August Simonius und Werner Scherrer (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, ZK - Zürcher Kommentar Schulthess Polygraphischer Verlag* (1977) N. 1; İsviçre doktrininde de İsviçre Medeni Kanunu m. 684 hükmünün komşunun mülkü üzerindeki makul etkilere tahammül etme görevini zımnen içerdiği ifade edilmiştir, bkz. Heinz Rey, Die Bedeutung öffentlichrechtlicher Bestimmungen im privatrechtlichen Immissionsschutz - Bemerkungen zu BGE 126 III 223 ff., *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* (Stampfli Verlag Jahr 2000) 283; Yargıtay da 14. HD, T. 30.04.2012, E. 2012/5185, K. 2012/6129 kararında taşkınlığı komşuluğun olağan hoşgörü sınırlarını aşan ve komşunun kendisi ve ailesi ile taşınmazı zararına aşırı derecede etkili olabilecek iş ve eylemler şeklinde tanımladıktan sonra, bu eylemlerin saptanmasında taşınmazın bulunduğu yerin, kullanım amacının, niteliğinin, konuya ilişkin düzenlemelerin ve yasal boşluk bulunması halinde mahalli örf ve adetlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmiştir. Yüksek mahkeme, yerel mahkemenin belirtilen çerçevede taraflardan delillerini isteyip toplamak ve önüne getirilen uyuşmazlığı sonucuna uygun karara bağlamak zorunda olmasına karşın yanılgılı şekilde mülkiyet hakkına dayanılmış bir dava varmış gibi istemi reddetmesini doğru bulmamış ve yerel mahkeme kararını bozmuştur (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).

¹² Akipek ve Akıntürk ve Ateş (n 1) 547; Çörtoğlu (n 10) 15, 16.

¹³ Akipek ve Akıntürk ve Ateş (n 1) 558; Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 637; Eren (n 1) 383.

aşırı ve taşkın olmaması gerektiği de önemle vurgulanmalıdır. Olumsuz etkinin aşırı ve taşkın olması durumunda komşulardan birinin katlanma ödevi sona ererken; diğer komşunun yapmama, kaçınma ödevinin başladığı böylece kanun koyucunun komşuların menfaati arasında adil bir denge kurmaya çalıştığı ifade edilmelidir¹⁴.

Taşınmazın kullanılması veya işletilmesinin ne zaman taşkın sayılabileceği hususunda genel bir ölçüt verilemeyeceğinden, kullanım ve işletilmenin taşkın olup olmadığı taşınmazın bulunduğu yere, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre belirlenecektir¹⁵. Hüküm tesisine esas alınacak yerel adetler ise davanın açıldığı anda o yerde mevcut olan adetler olacaktır¹⁶. Bu nedenle taşınmazın kullanımının komşulardan biri tarafından taşkın kullanım olarak algılanmasına karşı kullanımın yerel adete uygun olması durumunda taşkınlıktan söz edilemeyecektir¹⁷. Bu durumda hakim in somut olayın özelliklerine uygun bir çözüm bulmasına olanak sağlayan oldukça geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Hakim, somut olayın bütün koşullarını dikkate alarak mümkün olduğunca adil bir karar vermelidir¹⁸.

b. Gürültü Yapmama Yükümlülüğü

Uygulamada taşınmazın taşkın kullanımının en yaygın görülen hallerinden biri gürültü yapmak suretiyle taşkın kullanmadır. Özellikle büyük kentlerde ve kalabalık sitelerde yaşayan komşuların çıkarılan gürültünün çözümüne ilişkin olarak sıklıkla hukuki yollara başvurdıkları görülmektedir.

Doktrinde gürültü, zarar veya rahatsızlık verecek derecede kuvvetli ses şeklinde tarif edilmiştir¹⁹. TMK m. 737(ZGB Art. 684) kapsamına, taşınmazın kullanılması neticesinde ortaya çıkan her türlü gürültü girmektedir. Taşınmazdan çıkan gürültünün aşırı olup olmadığının tespitinde makul ve ortalama bir kişi dikkate alınarak objektif kriterlerin uygulanması gerekmektedir²⁰. Doktrinde ortalama bir komşunun aşırı taşkınlık olarak algılamadığı durumlarda diğer komşuların katlanma yükümlülüğü

¹⁴ Eren (n 1) 384; doktrinde hakim in kullanımın aşırılığının değerlendirilmesinde taşınmazını mümkün olan en iyi şekilde kullanmak isteyen kişi ile gürültüden etkilenen ve alanını rahatsız edici etkilerden uzak tutmaya çalışan komşu arasında menfaat dengesinin hakim tarafından kurulması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Rey (n 11) 287; benzer yönde görüş için bkz. Zobl (n 11) N. 15.

¹⁵ Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 639; Akipek ve Akıntürk ve Ateş (n 1) 558; Akipek (n 10) 338; Çörtoğlu (n 10) 180; Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 748; Rey (n 11) 283; Göksu (n 10) N. 9; Eren (n 1) 386; Zobl (n 11) N. 16, 17; Ertay, *Eşya Hukuku* (n 1) 429; Marie Fischer Lehmann, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, 4. Aktualisierte Auflage* (Orell Füssli Verlag 2021) Art. 684, N. 4; Bük (n 10) 43; doktrinde taşınmazın kullanımının taşkın olup olmadığının tespitinde taşınmazın niteliğini (konut, tarım arazisi veya garaj gibi) ve bireysel özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Göksu (n 10) N. 11.

¹⁶ Zobl (n 11) N. 19; Eren (n 1) 386.

¹⁷ Zobl (n 11) N. 20; Bük (n 10) 43.

¹⁸ Rey (n 11) 283.

¹⁹ Çörtoğlu (n 10) 129.

²⁰ Zobl (n 11) N. 16; Lehmann (n 15) N. 4.



olduğunun kabul edilmesi gerektiği isabetli şekilde ifade edilmiştir²¹. Bu nedenle çıkan gürültünün aşırı olup olmadığının tespitinde özellikle hassas kişilerin görüşlerine önem verilmemesi gerekir²². Hakim önüne gelen somut olayı değerlendirirken toplumun menfaatlerini değil, gürültüden özel olarak etkilenen komşunun çıkarlarını dikkate almalı ve söz konusu gürültü etkisinin aynı durumdaki ortalama bir kişi tarafından da aşırı olarak algılanıp algılanmayacağına göre kararını vermelidir²³.

c. Uygulamadaki Durum

İsviçre doktrininde çocuk seslerinin neredeyse hiçbir zaman hukuk davalarına yol açmayacağı, bu durumun herkesin komşusuyla birlikte yaşamak zorunda olması nedeniyle yargılamadan kaçınılmasının bir sonucu olduğu ifade edilse de²⁴, uygulamada bu davalarla karşılaşılmaktadır.

Gürültü kaynaklı taşkın kullanımının tespitine ilişkin kararlarda Yargıtay, komşu taşınmazın kullanımı esnasında çıkan gürültünün taşkın kullanım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda, yerinde ve gürültünün yapıldığı zaman diliminde keşif yapılması ve keşifte konusunda uzman bilirkişiler bulundurularak ses ölçen cihazlarla çıkarılan sesin yasal sınırlar içerisinde kalıp kalmadığının tespit edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir²⁵. Uygulamada gürültünün yasal sınırlar içerisinde kalıp kalmadığının tespitinde Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği hükümlerine atıf yapıldığı görülmekle²⁶ birlikte çocuk sesleri bakımından bu yönetmeliğin uygulama alanı bulmayacağı önemle ifade edilmelidir²⁷.

²¹ Lehmann (n 15) N. 4.

²² Zobl (n 11) N. 17.

²³ Rey (n 11) 289.

²⁴ Zobl (n 11) N. 24.

²⁵ Bük (n 10) 63, 64; Yargıtay, HGK, T. 22.04.1992, E.1992/5-202, K. 1992/259 kararında ilerleyen teknolojiye dayanarak bilimsel biçimde gürültülerin ölçümü ve şiddet derecesinin mümkün hale geldiği, komşu pastanede mevcut makinaların çıkarttığı giderilmesi dava edilen gürültünün hoşgör ve tahammül sınırları içerisinde kalıp kalmadığının bu yolla tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir, Şeref Ertaş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (2. bs, Bilge Yayınevi 2015) 158; benzer şekilde Yargıtay, 18. HD, T. 01.03.2016, E. 2015/9967, K. 2016/3625 kararında mahkemece gerektiğinde mahallinde keşif yapılmak ve taraf tanıkları da dinlenmek suretiyle davalıların bağımsız bölümlerinde meydana getirdikleri iddia olunan gürültü, ses ve huzursuzluk veren eylemlerin olup olmadığı, yüksek sesle müzik dinlemek veya gürültü yapmak suretiyle etrafa rahatsızlık verilip verilmediği konusunda gerekli araştırma yapılarak bu konuda yönetimce veya kolluk kuvvetlerince tutulmuş herhangi bir tutanak veya alınmış karar olup olmadığı, toplanan tüm deliller doğrultusunda varsa bu rahatsızlığın giderilmesi için herhangi bir önlem alınıp alınmayacağı tespit edilerek, bu önlemlere hükmedilmesi ve rahatsızlığın giderilmesi hususunda gerekli uyarının yapılmasına karar verilmesi gerekirken yetersiz araştırmaya dayalı olarak tesis edilen hükmün bozulmasına karar vermiştir (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).

²⁶ 04.06.2010 tarihli ve 27601 sayılı Resmî Gazete.

²⁷ Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği m. 2 şü şekildedir: “(1) Bu Yönetmelik; özellikle nüfusun yoğun olduğu alanlarda, parklarda veya yerleşim bölgelerindeki diğer sessiz alanlarda, açık arazideki sessiz alanlarda, okul, hastane ve diğer gürültüye hassas alanlar da dahil olmak üzere insanların maruz kaldığı çevresel gürültüler ile çevresel titreşime yönelik esas ve usulleri kapsar.

C. Kat Malikinın Kat Mülkiyeti Kanunundan Doğan Yükümlülükleri

1. Genel Olarak

Kat maliklerinin yükümlülükleri KMK m. 18 ve devamında hükme bağlanmıştır. KMK m. 18/I gereğince kat malikleri gerek bağımsız bölümleri, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kurallarına uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla karşılıklı olarak yükümlüdürler. KMK m. 18 ve devamı hükümlerinden hareketle kat maliklerinin KMK'dan doğan yükümlülüklerini, dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü, bağımsız bölümü ve eklentileri özgülleme amacına uygun kullanma yükümlülüğü, anagayrimenkulün bakımı, korunması ve bağımsız bölümde anayapıya zarar verecek nitelikte onarım ve tesis yapmama yükümlülüğü, onarım için bağımsız bölüme girilmesine izin verme ve bağımsız bölümde gerekli işlerin yapılmasına katlanma yükümlülüğü, genel(ortak giderlere) katılma yükümlülüğü şeklinde sıralamak mümkündür²⁸. Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere kat maliklerinin KMK m. 18'de hükme bağlanan yükümlülükleri TMK m. 737 hükmüyle birlikte değerlendirilmelidir²⁹.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18/I ile kat maliklerine bağımsız bölümleri ve ortak yerleri kullanırken dürüstlük kuralına uymak ve özellikle birbirini rahatsız etmemek ve birbirinin haklarını çiğnememek gibi yapmama yükümlülükleri yüklenmiştir. KMK m. 18'de hükme bağlanan bu yükümlülükler sadece kat malikleri bakımından değil, binada kira veya oturma hakkına dayanarak oturan kişisel hak veya sınırlı ayni hak sahipleri ile bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlar bakımından da geçerlidir³⁰. KMK m. 18/II'de bu husus, kat maliklerinin borçlarına ilişkin bu hükümlerin bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmeyenler kat malikleriyle birlikte müteselsil olarak sorumlu olur, şeklinde hükme bağlanmıştır. Doktrinde bu hüküm, katı gasb eden zilyedin komşuları rahatsız eden fiillerinden doğan zararlar bakımından dahi kat malikinın müteselsilen sorumlu tutulması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu görüşe göre bağımsız bölüme zilyed olan üçüncü kişilerin sebep oldukları ve kat maliki tarafından önlenemeyecek zararlardan doğan sorumluluğun bu kadar geniş tutul-

(2) Bu Yönetmelik kişinin kendisinden dolayı maruz kaldığı gürültüyü, 26 ncı maddede belirtilen ev faaliyetleri dışındaki gürültüler ile komşuların oluşturduğu gürültüyü, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçilerin maruz kaldığı gürültüyü, ulaşım araçlarının iç gürültüsünü ve askeri alanlardaki askeri faaliyetlere bağlı gürültüyü kapsamaz.”.

²⁸ Kat maliklerinin yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 482 vd.; Sirmen (n 4) 522; Mustafa Reşit Karahasan, *Kat Mülkiyeti Hukuku, Cilt I* (Arkan Yayıncılık 2008) 225.

²⁹ Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 482.

³⁰ Eren (n 1) 159; Akçaal (n 4) 539.



ması savunulamaz³¹. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Şöyle ki; KMK m. 18/II'nin amacı komşuluk hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali sebebiyle zarar gören komşu veya komşuların daha iyi korunması olduğundan, uyumsuzluk konusu taşınmazı fiilen kullanan kiracıların, oturma hakkı sahiplerinin veya bu bölümden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananların meydana getirdikleri zararların tazmini bakımından malikin müteselsil sorumlu tutulması oldukça isabetli olup, aksinin kabulü normun koruma amacına aykırı bir yorum olacaktır.

Çalışmamızda kat maliklerinin yükümlülüklerinden kat maliklerinin birbirlerini rahatsız etmeme, yönetim planına ve kat maliki kurulu kararlarına uyma yükümlülükleri üzerinde durulacak; diğer yükümlülüklerle çalışmanın kapsamını aşması nedeniyle yer verilmeyecektir.

2. Kat Maliklerinin Birbirlerini Rahatsız Etmeme Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Kat maliklerinin birbirlerini rahatsız etmeme yükümlülüklerinden en önemlisi gürültü yapmama yükümlülüğüdür³². KMK m. 18/I'de kat maliklerinin bağımsız bölümler dışında ortak yerleri kullanırken de birbirlerini rahatsız etmemekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Uygulamada çocukların ortak yerlerde oyun oynama hakkına ilişkin getirilen sınırlamaların esasını da bu yükümlülük oluşturmaktadır.

³¹ Selahattin Sulhi Tekinay, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)* (Filiz Kitabevi 1991) 64.

³² Yargıtay, 18. HD, T. 17.06.2003, E. 2003/3568, K. 2003/5151 kararında "...*Kat Mülkiyeti Yasasının 18. Maddesi hükmüne göre kat maliklerinin gerek bağımsız bölümleri, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak; özellikle birbirlerini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla karşılıklı olarak yükümlüdür. Somut olayda, dava konusu imalathanede çalıştırılan makinaların gürültüsünün rahatsızlık verdiği mahkemece kabul edilmiş ise de, bu makinaların çalıştığı sırada çıkardığı gürültünün davacı ve diğer apartman sakinleri için katlanabilir boyutların üzerinde rahatsızlık verdiği hususu ölçümleme yapılarak uzman bilirkişi aracılığı ile tespit ettirilmemiş ve bu bağlamda, rahatsız edici durum saptandığı takdirde bunun giderilmesi bakımından alınacak önlemlerin neler olduğu da belirlenmemiştir. Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporu bu yönden yeterli değildir... hüküm kurulması yasaya uygun değildir...*" ifadelerine yer verilmiştir. Ertaş (n 25) 170; Yargıtay, 18. HD, T. 09.07.2002, E. 2002/6184, K. 2002/7755 kararında ise Yargıtay uygulamalarında kat maliklerinin ve diğer sakinlerini birbirlerini gürültü ve başka nedenlerle rahatsız etmemeleri hususundaki ölçünün rahatsız veren olgunun hayatın olağan akışı içerisinde kabul edilebilir ve katlanabilir boyutlarda kalması olduğuna vurgulanmıştır. Bu boyutun aşılmış olması durumunda ise rahatsız edici unsurların rahatsız edici boyutların altına çekilebilmesi bakımından azami özen ve özveri gösterilmekle birlikte modern yaşamın gerektirdiği cihazların çıkardığı sese dayalı gürültünün makul sınırın altına çekilmesi bakımından izolasyon ve benzeri önlemlerin alınması gerekli ve mümkün ise bu önlemlerin mutlaka alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu mümkün olmadığı takdirde ise hâkimin bu cihaz veya aleti kullanmaktan men kararı verebileceğine, bu nedenle zemin kat üstü terasta monte edilen klima dış ünitesinin çıkardığı ve rahatsız edici boyutta olduğu ölçümleme sonucu tespit edilen gürültünün uygulanacak izolasyon önlemleri ile giderilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bir inceleme yaptırılmadan bu ünitenin doğrudan sökülüp kaldırılmasına karar verilmesinin isabetli olmadığına karar vermiştir.

b. Uygulamadaki Durum

Yargı kararlarında komşuların birbirlerini rahatsız etmeme yükümlülüğü bağımsız bölümler üzerinden şekillenmiş ve kat maliklerinin kendi bağımsız bölümlerini kullanırken diğer kat maliklerini rahatsız etmemekle yükümlü oldukları, bu yükümlülüğün ihlali halinde ise hakim gerekli tedbirleri alacağı kabul edilmiştir. Bu makalenin yazımı sırasında komşuları rahatsız edecek derecede bağımsız bölümde gürültü yapılması³³ veya hayvan beslenmesine³⁴ ilişkin kararlar olmakla birlikte, çocukların ortak yerlerde oyun oynamaları nedeniyle verilen bir karara rastlanmamıştır.

Konuya ilişkin oldukça önemli gördüğümüz bir kararda³⁵ Yargıtay, zihinsel engelli bir çocuğun çıkardığı seslerin ve yaptığı gürültülerin üst ve alt katlarda bizatihi duyulmakta olmasının kat maliklerine rahatsızlık verildiği anlamına gelmeyeceğini,

³³ Yargıtay, HGK, T. 22.06.2011, E. 2011/251, K. 2011/444 kararında "... Davalıların Kat Mülkiyeti Yasasının 18. maddesi uyarınca işyerinde koku, gürültü ve ses kirliliğine sebep olup olmadıkları, böyle bir durum mevcut ise bunların tahammül sınırlarını aşip aşmadığı konularında uzman ve teknik bilirkişilerden rapor alınarak ticari faaliyetini sınırlamak yerine, davalının bu faaliyetine devam etmek ve hem de ana taşınmazdaki kat maliklerine rahatsızlık verici eylemleri önlemek bakımından alınması gereken tedbirleri belirleyip (koku, gürültü ve yüksek sesi önleyici tedbirler ile gerektiğinde işyerinin tavan ve duvarlarında yapılması) bunlara hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması ... doğru görülmemiştir" (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024); Yargıtay, 18. HD, T. 31.05.2001, E.2001/4866, K. 2001/5533 "...Seçilen bilirkişi inşaat mühendisi olup, koku ve gürültünün rahatsız edici boyutlarda olup olmadığının tespiti hususunda uzman değildir. Ayrıca yaptığı tespitler de teknik aletlerle yapılmış bir ölçüme dayalı değildir. Bu durumda mahkemece gürültü ve kokuya dayalı kirlilik ve bunun giderilmesi konusunda uzman olan bir çevre mühendisi ile bu rahatsız edici durumların insan sağlığı üzerindeki etkisi bilen nöroloji uzmanı ve ayrıca bir inşaat mühendisinden oluşan üç kişilik bilirkişi marifetiyle mahallinde inceleme yaptırılıp, rahatsızlık konularının boyutunun ve bunların giderilmesi için önlem alınmasının mümkün olup olmadığının, mümkünse bunların neler olduğunu gösteren ayrıntılı rapor alınıp sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır..." şeklinde karar vermiştir, Karahasan, s. 231; Yargıtay, 18. HD, T. 05.03.2013, E. 2013/2060, K. 2013/3128 "... Somut olayda davalı kiracı kat mülkiyetli anataşınmazın 5 Nolu bağımsız bölümünden yararlanan kişi konumunda olup, davada bu kişinin diğer kat maliklerine rahatsızlık verdiği ve huzursuzluk yarattığı ileri sürülmektedir. Bu olgu toplana kanıtlarla, özellikle dinlenen tanık anlatımlarıyla saptandığına göre ve her ne kadar davacı, dava dilekçesinde yalnızca davalının dava konusu bağımsız bölümden tahliyesini talep etmiş ise de, çoğun içinde azı da vardır kuralı gereğince mahkemece davalının sözü edilen rahatsızlık verici ve huzursuzluk yaratıcı eylemlerinin önlenmesi konusunda gerekli uyarının yapılmasına hükmetmesi ve ilgiliye tefhim ve tebliğ ile yetinilmesi gerekirken, üçüncü kişiler arasındaki sözleşmeye müdahale ederek kira sözleşmesinin feshi ile 5 Nolu bağımsız bölümün tahliyesi yolunda hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir..." şeklinde karar vermiştir, Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (5. bs Seçkin Yayınevi 2014) 307.

³⁴ Yargıtay, HGK, T. 10.11.1971, E. 1971/5-210, K. 1971/854 kararında yönetim planında kat maliklerinin kendi bağımsız bölümlerinde kedi, köpek, tabu gibi hayvan beslemeleri açıkça yasak edilmiş olan hallerde davalı ve bütün kat sahiplerinin bu yasak hükümlerine uymakla yükümlü olduğuna karar vermiştir; benzer yönde Yargıtay, HGK, T. 19.02.1982, E. 1982/5-780, K. 1982/131, Germeç (n 33) 332, 333; Yargıtay, 18. HD, T. 07.02.2005, E. 2005/8945, K. 2005/433; Yargıtay, 18. HD, T. 02.05.2011, E. 2011/4612, K. 2011/5915 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası , Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).

³⁵ Yargıtay, 18. HD, T. 30.06.2003, E. 2003/4759, K. 2003/5686 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).



rahatsızlık kavramının kişiye göre farklı algılanıp yorumlanabileceğini, konunun objektif ölçü boyutlarında değerlendirilip nitelendirilmesini ve tahammül sınırlarını aşan ses ve gürültünün bu sınıra çekilmesi için gereken tedbirlerin neler olduğunun belirlenmesi ve bu tedbirlerin alınmasına karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Kararda davalının çocuğuna gerekli tıbbi bakımı yaptırmakta olduğu, çocuğun ailesi yanında kalması gerektiğinin Ruh Sağlığı ve Hastalıkları uzmanlarından oluşan bilirkişi kurulu raporuyla sabit olduğu, bu nedenle davalıya bu yönde yüklenebilecek bir kusur ve alması emredilecek bir tedbir bulunmadığı ifade edilmiştir. Neticede zihinsel engelli bir çocuğun çıkardığı sesler ve yaptığı gürültünün uzman bilirkişiler aracılığı ile ölçüm yapılarak tahammül edilebilir sınırı aşıp aşmadığının tespit edilmesi ve aşıyorsa ekonomik bir şekilde bu sınıra ne tür önlem (ses yalıtımı vb.) alınarak düşürülebileceğinin bilimsel esaslara dayalı olarak saptanması gerekirken salt tanık anlatımlarına dayalı olarak tahammül sınırlarını aşan ses ve gürültünün varlığının kabulü ile alınacak önlemler belirtilmeden, insancıl yöntemlerle infazı mümkün olmayacak şekilde “*eylemlere son verilmesine*” karar verilmiş olması doğru görülmeyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Bu kararda yüksek mahkeme ayrıca “*Tahammül edilmesi gereken rahatsızlığın ölçüsünün, bu davada rahatsızlık verdiği ileri sürülen ses ve gürültü kaynağının herhangi bir makine, alet veya evcil hayvan olmayıp bir çocuk olduğu da gözetilerek tespit edilmesi gerekeceği de açıktır*” şeklindeki ifadeyle rahatsızlık verdiği iddia edilen gürültü kaynağının çocuk olduğunun da göz önünde bulundurulmak suretiyle hüküm kurulması gerektiğine işaret etmiştir.

Kanaatimizce yüksek mahkemenin bu kararı kat malikleri arasında ortaya çıkan ve ses kaynağının çocuk olduğu bütün uyumsuzluklar bakımından oldukça önemli bir karardır. Kararda alınabilecek önlemlerin ses yalıtımı yapılması gibi ekonomik önlemler olması gerektiği de isabetli şekilde vurgulanmıştır. Kanaatimizce uyumsuzluğun konusunun çocuk seslerine ilişkin olması durumunda da, çocukların ortak yerlerde oyun oynamalarını, hatta bahçeye çıkmalarını sınırlandırmak yerine, alanında uzman bilirkişiler tarafından gürültü yapıldığı iddia edilen zaman diliminde ses ölçüm cihazlarıyla ölçüm yapılarak, çocuk seslerinin komşunun katlanamayacağı derecede olup olmadığı belirlenmelidir. Ancak böyle bir durumda komşuların menfaatleri ile çocukların menfaatlerini dengelemek zorunda kalan hakim, çocuğun menfaatlerine üstünlük tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Kat Maliklerinin Yönetim Planına Uyuma Yükümlülüğü

Kat mülkiyeti Kanunu m. 18 gereğince kat maliklerine yüklenen yükümlülüklerden biri de yönetim planına uyma yükümlülüğüdür. KMK m. 12 gereğince kat mülkiyetinin kurulması için anagayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının imzalayarak tapu idaresine sunması gereken belgelerden biri de yönetim planıdır. Yönetim planı anagayrimenkulün yönetim tarzını, kullanma amacı ve şeklini, yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime dair diğer hususların düzenlendiği, bütün kat maliklerini bağlayan

sözleşme hükmünde belgedir (KMK m. 28/I). Yönetim planı sadece kat maliklerini değil, onların külli ve cüzi haleflerini, yönetici ve denetçileri de bağladığından, yönetim planında yer alan bir hüküm usulüne uygun olarak değiştirilmedikçe, iptal edilmedikçe veya anagayrimenkul üzerinde kat mülkiyeti sona ermedikçe kat maliklerinin yönetim planına uyma yükümlülükleri devam edecektir³⁶.

Kanun koyucu KMK m. 28 hükmü ile kat maliklerine yönetim planını sözleşme serbestisi prensibi gereğince düzenleyebilme imkanı vermiştir³⁷. Hukuki mahiyeti itibariyle sözleşme olduğu kabul edilen yönetim planlarının kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusunun imkansız olmaması gerekir. Yönetim planlarının uymakla yükümlü olduğu emredici hükümler sadece KMK dan doğan yükümlülükler değil yürürlükteki bütün mevzuat hükümleridir. Bu nedenle kanunun emredici hükümlerine aykırı yönetim planları kat maliklerini bağlamayacak ve geçersiz olacaktır³⁸.

4. Kat Maliklerinin Kat Malikleri Kurulu Kararlarına Uyma Yükümlülüğü

Kat malikleri kurulu, bütün kat maliklerinden oluşan kurul olup, anagayrimenkul kat malikleri kurulu tarafından sözleşme, yönetim planı ve kanun hükümleri uyarınca verilecek kararlara göre yönetilir. Bütün kat malikleri külli ve cüzi halefleri, yönetici ve denetçiler, kat malikleri kurulunun kararlarına uymakla yükümlüdürler (KMK m. 32/I-II). Kat malikleri kurulu kararlarının bağımsız bölümü kullanan intifa veya oturma hakkı sahipleri ile kiracılar bakımından da bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir³⁹.

Anagayrimenkulün kullanılmasından veya yönetiminden dolayı kat malikleri arasında veya bunlarla yönetici ve denetçiler arasında veya denetçilerle yöneticiler arasında çıkan anlaşmazlıklar kat malikleri kurulu tarafından çözülüp karara bağlanır (KMK m. 32/III). Konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, kat malikleri arasında çıkan sorunların çözümü için öncelikle kat malikleri kuruluna, gerektiğinde daha sonra mahkemeye başvurulabileceğine karar vermiş olsa da⁴⁰ doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere kat maliklerinin kat malikleri kuruluna başvurmadan doğrudan mahkemeye başvurmaları mümkündür⁴¹.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 27/I uyarınca anagayrimenkul kat malikleri kurulu tarafından yönetilir ve kat malikleri kurulunun yönetim tarzı kanunların emredici

³⁶ Abdulkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim* (1984) 74; Aybay ve Hatemi (n 1) 230; Abdulkerim Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Adalet Yayınevi 2022) 59, 60.

³⁷ Serhat Küçükçapraz, 'Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının İçeriği ile Kat Maliklerinin Yönetim Hakkının Kısıtlanması' (2023) 5 [2] ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 993.

³⁸ Küçükçapraz (n 37) 993; Yıldırım (n 36) 60.

³⁹ Tekinay (n 31) 106; Yıldırım (n 36) 78.

⁴⁰ Yargıtay, 18. HD, T. 23.09.2008, E. 2008/6229, K. 2008/9720 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).

⁴¹ Gürsoy ve Eren ve Cansel (n 1) 457; Tekinay (n 31) 106, 107; Yıldırım (n 36) 77.

hükümleri saklı kalmak şartıyla bu kurul tarafından kararlaştırılır. Bu hüküm gereğince, kat malikleri kurulu kararlarının KMK ve diğer kanunlardaki emredici hukuk kurallarına uygun olması şarttır.

5. Kat Maliklerinin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi Nedeniyle Hakimin Müdahalesini İsteme Hakkı

Kat maliklerinden her birinin veya onun katından kira sözleşmesine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimselerin borç ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri hakimin müdahalesini isteyebilirler (KMK m. 33/I).

Kat mülkiyetinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için mahkemeye başvurulması durumunda hakim, KMK m. 33/II gereğince ilgilileri dinledikten sonra bu yasaya ve yönetim planına göre bunlarda bir hüküm yoksa genel hükümlere ve hakkaniyet kurallarına göre derhal kararını verecek ve kararın tespit edeceği kısa süre içerisinde yerine getirilmesi gereğini ilgiliye tefhim ve tebliğ edecektir⁴².

Yargıtay da konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda davalı kat malikinin bağımsız bölümde ani ve yüksek tonda gürültüye neden olacak işleri yapmaya başlamadan davacıya veya onun aile bireylerinden birine sağlık sorunu olan çocuğun zarar görmemesi açısından gereken önlemleri alabilmesi için önceden haber vermesine ve davalının bu konuda uyarılmasına karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik olmadığına karar vermiştir. Ancak dava açılmadan önce davalının bağımsız bölümde yapıp sonuçlandığı tadilat ve onarım işi nedeniyle oluşan gürültünün geriye doğru önlenmesine olanak bulunmadığı gibi dava dilekçesinde geçmişte gerçekleştirilmiş olan bu gürültünün önlenmesi konusunda bir istem de bulunmadığı gözetilmeden, infazı (yerine getirilmesi) mümkün olmayacak biçimde sözü edilen ani ses ve gürültüye ilişkin müdahalenin önlenmesi ve bunun için davalıya üç gün süre tanınması yolunda hüküm kurulmuş olması doğru görülmediğinden, ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir⁴³.

IV. ÇOCUKLARIN ORTAK YERLERDE OYUN OYNAMA HAKKINI SINIRLANDIRAN KARARLARIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Genel Olarak Oyun Oynama Hakkı

Çocukların gelişiminin önemli bir parçası olan oyunlar sayesinde çocuklar sosyal becerilerini, araştırma becerilerini, düşünme becerilerini, iletişim ve kendini yönetme becerilerini geliştirirler. Oyunların çocuğun öğrenme ve gelişimine sunduğu katkının diğer kaynakların sağlayabileceklerinden çok daha etkili ve kalıcı olduğu; çocuğun yetişkinlik hayatındaki yaşam kalitesini, kariyerini, özel yaşamını önemli

⁴² Germeç (n 33) 832, 833.

⁴³ Yargıtay, 18. HD, T. 31.03.2005, E, 2005/1176, K. 2005/3027 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).

ölçüde etkilediği göz önünde bulundurularak çocukların oyun hakkının beslenme, sağlık ve eğitim hakkı gibi bir temel hak olduğu kabul edilmektedir⁴⁴.

Oyun hakkı, Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 31'de "*Taraf Devletler, çocuğun dinlenme, boş zaman değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence(etkinliklerinde) bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkını tanırlar*" şeklinde düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Anayasamızın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşma olduğundan, kanun hükmündedir ve bu andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

Uygulamada KMK kapsamında yönetilen yerlerde çocukların ortak yerlerde oyun oynamalarını sınırlandıran kurallara sıklıkla rastlanmakta ve bu kuralların hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmeksizin kat malikleri bu kurallara uymaya zorlanmaktadır.

B. Çocukların Ortak Yerlerde Oyun Oynama Hakkını Sınırlandıran Yönetim Planlarının Hükümsüzlüğü

1. Genel Olarak

Yönetim planı kapsamında ortak yerlerin kullanılmasına ilişkin kurallar ortak yerlerin yenilenmesi, bakımı, korunması, ortak yerlere yapılan hukuka aykırı müdahalenin yaptırımları, ortak yerlerin kullanılma tarzına ilişkin yasaklamalar veya sınırlamalar⁴⁵, ortak yerlerde onarım, yenilik ve değişiklik yapmama yasağına ilişkin somut yükümlülükler düzenlenebilir⁴⁶.

Yönetim planlarının uymakla yükümlü olduğu emredici hukuk kuralları, Anayasa, KMK, TMK ile diğer ilgili objektif hukuk kurallarının emredici hükümleridir. Yönetim planları ile emredici hukuk kuralları bertaraf edilemeyeceğinden, kat maliklerinin mülkiyet hakkını özüne zarar verecek şekilde sınırlandıran yönetim planlarının emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle kat malikleri ile bağımsız bölümlerden aynı veya nisbi hakka dayanarak yararlananlar ile onların yakınlarının kişilik haklarını ihlal eden yönetim planı hü-

⁴⁴ Nihat Topaç ve Musa Bardak ve Duygu Diğdem Ünal, 'Çocuğun Oyun Hakkı ve Oyun Hakkına Erişememe Sebepleri', 5. Uluslararası Sosyal Beşeri ve Eğitim Bilimleri Kongresi Tam Metin Sözel Sunumları 676; H. Merve Dereli ve Gonca Uludağ, 'Bir Hak Olarak "Oyun"', *Çocukların Oyun Hakkı*, (2015) Çoluk Çocuk Anne Baba Eğitimci Dergisi, 26, 27.

⁴⁵ Yargıtay, 5. HD, T. 08.02.1982, E. 1982/291, K. 1982/930 kararında kat maliklerine yönetim planında güdültülü şekilde kullanma hakkının tanındığı davada Yargıtay, yönetim planında yazılı dükkan ve deponun her türlü iş yeri olarak kiraya verilebileceğine dair hükümdeki güdültülü şekilde kullanılabilmesine ilişkin ifadenin Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18'e aykırı olduğunu, her kat malikinin bağımsız bölümü kullanırken diğerlerini rahatsız etmemekle yükümlü olduğunu bu nedenle kat maliklerinden güdültülü işyerine katlanmalarının beklenemeyeceği yönünde karar vermiştir, Ali Arcak, *Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti* (Olgaç Matbaası, 1983) 357.

⁴⁶ Genç Arıdemir (n 1) 534, 535.

kümleri de emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür⁴⁷.

Kanaatimizce çocukların ortak yerlerde oyun oynama haklarını sınırlandıran yönetim planı hükümleri öncelikle TMK m. 23 ve 24'te hükme bağlanan kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere açıkça aykırıdır. Şöyle ki, TMK m. 23 gereğince çocukların kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken oyun hakkından vazgeçmeleri mümkün olmadığı gibi bu hakkın hukuka aykırı olarak sınırlandırılması da mümkün değildir. TMK m. 24/II gereğince daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, çocukların ortak yerlerde oyun oynama hakkını sınırlandıran yönetim planları hukuka aykırıdır. Ayrıca çocukların temel hakkı olan “oyun oynama hakkı”nın yönetim planlarıyla sınırlandırılması temel haklara ilişkin sınırlandırmanın ancak kanunla yapılabileceğine ilişkin Anayasamızın 13. maddesine de açıkça aykırıdır. Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 31'de hükme bağlanan taraf Devletlerin çocuğun dinlenme, boş zamanlarını değerlendirme ve oynama ve yaşına uygun eğlence etkinliklerinde bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkı tanımak zorunda olduklarına ilişkin hüküm gereğince de taraf devletler çocuklara oyun oynama hakkını tanımalıdır. Tüm bu nedenlerle çocukların ortak yerlerde oyun oynama hakkını kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde sınırlandıran yönetim planı hükümleri hukuka aykırıdır.

2. Yönetim Planlarının Hükümsüzlüğünün Sonuçları

Yönetim planı hükümlerinin emredici hukuk kurallarına aykırı olmasının yaptırımının ne olacağına ilişkin KMK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde yönetim planının sözleşme niteliğinde bir hukuki işlem olduğunu savunan yazarlar⁴⁸ gibi karar niteliğinde olduğunu savunan yazarlar⁴⁹ da emredici hukuk kurallarına aykırı yönetim planlarına kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler⁵⁰.

Yargıtay, KMK'na göre kat maliklerinden her birinin belirli bir süre ile bağlı olmaksızın yönetim planının kanunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemelerinin iptalini isteyebileceğini, bunun için ilgili maddelerin kat malikleri kurulunda görüşülmesinin şart olmadığını, ayrıca eda davası açılabilirken tespit davasının açılmayacağını, HMK m. 26 gereğince hakimnin tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olduğu ve ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyeceği bu nedenle mahkemenin iptali istenmeyen maddelerin resen yasaya aykırılığını araştırarak iptaline

⁴⁷ Genç Arıdemir (n 1) 573-575.

⁴⁸ Arpacı (n 36) 52; Öktem Çevik (n 1) 74; Sirmen (n 4) 529; Ömer Delikaya, *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi* (Adalet Yayınevi 2022) 41; Yıldırım (n 36) 61.

⁴⁹ Haluk Nami Nomer, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan (Filiz Kitabevi 2013) 836.

⁵⁰ Arpacı (n 36) 54.

karar veremeyeceğine hükmetmiştir⁵¹.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2021/4 sayılı Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyeti konulu Genelgesi m. 11/a-3'te yönetim planının içeriğinin kanunlara uygun olup olmadığının tapu müdürlüğünce denetlenmediği yönetim planı hükümlerinin kanunlardaki emredici kuralları aykırı olması durumunda KMK m. 33 gereğince iptalinin kat malikleri tarafından mahkemeden isteneceği düzenlenmiştir. Bu nedenle kanaatimizce emredici hukuk kurallarına aykırı olan ve çocukların ortak yerlerde oyun oynama haklarını sınırlandıran yönetim planlarının iptalini kat malikleri mahkemeden her zaman talep edebilirler⁵². Yargıtay da konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda somut olayda davacı yönetim planının bazı maddelerinin kanunun emredici hükümlerine aykırılığı nedeniyle iptalini istediğinden, yönetim planının iptali istenen maddesinin KMK m. 33 ile birlikte değerlendirildiğinde yönetim planının kanunun emredici hükümlerine aykırı olması durumunda kat malikleri tarafından bu maddelerin iptali için her zaman mahkemeye başvurulabileceği ve yönetim planının bazı maddelerinin iptalinin kat maliklerinin hukukunu yakından ilgilendirmesi nedeniyle bütün kat maliklerinin de açılacak davaya dahil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵³.

Yönetim planlarının emredici hukuk kurallarına aykırı olması nedeniyle açılacak iptal davalarında görevli ve yetkili mahkeme anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir.

C. Çocukların Ortak Yerlerde Oyun Oynama Hakkını Sınırlandıran Kat Malikleri Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü

1. Genel Olarak

Kat malikleri kurulu tarafından alınan kararların iptali KMK m. 33/I'de ayrıntılı şekilde düzenlendikten sonra, kat malikleri kurulu kararlarının yokluk veya mutlak butlanla sakat olduğu hallerde hükümde iptal kararı için öngörülen süre⁵⁴ koşulunun

⁵¹ Yargıtay, 20. HD, T. 19.02.2019, E. 2018/6697, K. 2019/1133, Genç Arıdemir (n 1) 576, dn. 1555; benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay, 20. HD, T. 12.03.2019, E. 2019/287, K. 2019/1688; Yargıtay, 20. HD, T. 28.05.2018, E. 2017/3370, K. 2018/4005; Antalya BAM 6. HD, T. 26.01.2018, E. 2017/1220, K. 2018/74, Küçükçapraz (n 37) 992.

⁵² Yıldırım (n 36) 60.

⁵³ Yargıtay, 18. HD, T. 07.03.2016, E. 2015/18717, K. 2016/3835 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).

⁵⁴ Kat Mülkiyeti Kanunu m. 33/I hükmü "(Değişik birinci fıkra: 14/11/2007-5711/17 md.) Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32 nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz. Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, anagayrimenkulün

aranmayacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere kat malikleri kurulu kararlarının yoklukla veya mutlak butlanla sakat olması durumunda teknik anlamda iptal davasından bahsetmek mümkün değildir. Kat malikleri kurulu tarafından alınan ve emredici hükümlere, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı kararlar kendiliğinden geçersiz olduğundan, bu kararlar hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu durumda yapılacak şey geçersizliğin tespitidir⁵⁵.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde çocukların ortak yerlerde oyun oynama hakkını kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde sınırlandıran kat malikleri kurulu kararları da kesin hükümsüz olduğundan, bu kararların iptali mahkemeden istenebilir.

2. İptal Davasının Tarafları ve Hakimin Kararı

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 33 uyarınca hakimin müdahalesini isteyebilecek kişiler kat malikleridir. Kat maliki dışında kalan kişilerin ise davacı ehliyetine sahip olup olmadığı hususuna ilişkin uygulamada farklı kararlar bulunmaktadır. Bu hususa ilişkin vermiş olduğu bazı kararlarda Yargıtay, davacının kat maliki olup olmadığını araştırmış ve kat maliki olmayan davacıların aktif husumet ehliyeti olmadığını⁵⁶; bazı kararlarda ise kat maliki dışında kalan diğer kişilerin hukuki yararının bulunması halinde dava ehliyeti bulunduğu hükmetmiştir⁵⁷.

Kanaatimizce kat maliki dışında bu bölümleri kira hakkı, süknâ hakkı veya herhangi bir nedenle devamlı olarak kullanan kişiler de hukuki yararları bulunması kaydıyla kat malikleri kurulu kararlarının iptalini hakimden talep edebilirler⁵⁸. Kanaatimizce çocukların ortak yerlerde oyun oynama haklarını emredici hukuk kurallarına aykırı şekilde sınırlandıran kat malikleri kurulu kararlarına karşı, kat malikleri kuruluna katılıp karara olumsuz oy veren, toplantıya katılmayan kat malikleri gibi toplantıya katılıp karara olumlu oy veren kat maliklerini dahi TMK m. 2'ye aykırı olmamak kaydıyla alınan kararın kesin hükümsüzlük sebebiyle iptalini her zaman mahkemeden talep edebilir⁵⁹.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 38/II gereğince kat malikleri kurulu kararlarının iptaline ilişkin davalar, kat maliklerini temsilen yöneticiye husumet yöneltmesi suretiyle açılabilir. Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda davacının davasını yöneticiye veya iptali istenen kararın alındığı toplantıya katılıp olumlu

bulduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir.” şeklindedir.

⁵⁵ Yıldırım (n 36) 171.

⁵⁶ Yargıtay, 18. HD, T. 09.09.2003, E. 2003/5105, K. 2003/6206; Yargıtay, 20. HD, T. 14.11.2018, E. 2017/2670, K. 2018/7377; Yargıtay, 18. HD, T. 17.04.2002, E. 2002/3444, K. 2002/4426, Delikaya (n 48) 73.

⁵⁷ Yargıtay, 20. HD, T. 04.11.2019, E. 2019/3269, K. 2019/6235; Yargıtay, 20. HD, T. 23.10.2017, E. 2017/3982, K. 2017/8240, Delikaya (n 48) 73.

⁵⁸ Benzer yönde görüş için bkz. Yıldırım (n 36) 166.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. Ertaş (n 25) 503; Yıldırım (n 36) 165.

oy veren kat maliklerinin tamamına karşı da açabileceğinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır⁶⁰.

Hakim kat malikleri kurulu kararının iptaline ilişkin talebin haklı olduğuna kanaat getirirse kat malikleri kurulu kararının iptaline, kararın değiştirilmesine hükmedebilir veya hukuka ve hakkaniyete uygun yeni bir çözüm getirebilir⁶¹. Hakim vermiş olduğu kararın kısa bir süre içinde yerine getirilmesi gerektiğini ilgiliye teahhüt veya tebliğ eder (KMK m. 33/II). Belirlenen süre içinde hakim kararını yerine getirmeyenlere aynı mahkemece idari para cezası verilir (KMK m. 33/III).

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 33/I uyarınca kat malikleri kurulu kararlarına karşı açılacak davalarda görevli ve yetkili mahkeme anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir.

SONUÇ

Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında kat malikleri yönetim planları veya kat malikleri kurulu kararları ile çocukların ortak yerlerde oyun oynama haklarına birtakım sınırlandırmalar getirebilmektedir. Çocukların ortak yerlerde oyun oynama haklarını kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak sınırlandıran yönetim planları ve kat malikleri kurulu kararları, bilinçli ya da bilinçsiz olarak uygulamada kat maliklerine dayatılmaktadır.

Çocukların ortak yerlerde oyun oynama haklarını sınırlandıran emredici hukuk kurallarına aykırı yönetim planları ve kat malikleri kurulu kararları kesin hükümsüzdür ve kat malikleri bu kararlara uymak zorunda değildir. Kat malikleri kuruluna katılıp karara olumsuz oy veren, toplantıya katılmayan kat malikleri gibi toplantıya katılıp karara olumlu oy veren kat malikleri dahi TMK m. 2'ye aykırı olmamak kaydıyla alınan kararların emredici hükümlere aykırılık nedeniyle iptalini her zaman mahkemeden talep edebilirler.

Neticede uyumsuzluğun konusunun çocuk sesine ilişkin olması durumunda çocukların ortak yerlerde oyun oynamalarını, hatta bahçeye çıkmalarını sınırlandırmak yerine, Yargıtay içtihatlarına uygun şekilde alanında uzman bilirkişiler tarafından rahatsızlık verdiği iddia edilen çocuk seslerinin ses ölçüm cihazlarıyla ölçümü yapılarak, komşuları rahatsız edecek derecede aşırı olup olmadığı tespit edilmelidir. Çocuk seslerinin komşuların katlanması gereken sınırı aşıp aşmadığının tespitinde makul ve ortalama bir kişi dikkate alınarak sonuca varılması gerektiğinden, ortalama bir komşunun çocuk seslerinin aşırı olmadığı kanaatinde olması durumunda, rahatsız olduğunu iddia eden komşuların katlanma yükümlülüğü olduğu sonucuna varılmalıdır. Sonuçta komşuların menfaatleri ile çocukların menfaatlerini dengelemek zorunda kalan hakim, çocuğun menfaatine üstünlük tanınmalıdır.

⁶⁰ Yargıtay, 20. HD, T. 11.03.2019, E. 2017/10660, K. 2019/1616 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 1 Mart 2024).

⁶¹ Yıldırım (n 36) 135.

BİBLİYOGRAFYA

- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).
- Akipek J G, ‘Gayrimenkul Malikinın Mesuliyetinin Kavram ve Mahiyeti’ (1954) 11 [1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-370.
- Akipek J ve Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2. bs Beta Yayınevi 2018).
- Arcak A, *Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti* (Olgaç Matbaası 1983).
- Arpacı A, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Bedir Yayınevi 1984).
- Ayan M, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, (10. bs Adalet Yayınevi 2020).
- Aybay A ve Hatemi H, *Eşya Hukuku* (4. bs Vedat Kitapçılık 2014).
- Bük A, *Uygulamada Komşuluk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).
- Çörtoğlu İ S, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (Mk 661)* (Olgaç Matbaası 1982).
- Delikaya Ö, *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hakimin Müdahalesi* (Adalet Yayınevi 2022).
- Dereli H M ve Uludağ, G: ‘Bir Hak Olarak “Oyun”, Çocukların Oyun Hakkı’, (2015) 100 Çoluk Çocuk Anne Baba Eğitimci Dergisi 26-27.
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 8. bs Legem Kitabevi 2024).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (16. bs Barış Yayınları 2021).
- Ertaş Ş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (2. bs Bilge Yayınevi 2015).
- Fischer Lehmann M, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar*, 4. Aktualisierte Auflage (Orell Füssli Verlag 2021).
- Genç Arıdemir A, *Kat Mülkiyeti I* (2. bs On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Germeç M E, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (5. bs Seçkin Yayınevi 2014).
- Göksu T, “Art. 684”, Arnet, Ruth und Breitschmid, Peter und Jungo Alexandra (Hrsg.), *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. bs 2023).
- Gürsoy K T ve Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978).
- Karahasan M. R, *Kat Mülkiyeti Hukuku, Cilt I* (Arıkan Yayıncılık 2008).
- Küçükçapraz S, ‘Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının İçeriği ile Kat Maliklerinin Yönetim Hakkının Kısıtlanması’ (2023) 5(2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 972-1008.
- Nomer, H N, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz Kitabevi 2013) 827-837.
- Oğuzman K ve Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (25. bs Filiz Kitabevi 2023).

Öktem Çevik S, *Eşya Hukukunun Temel İlkeleri ve Kat Mülkiyeti Kanunu Hükümleri Uyarınca Arsa Payının Düzeltilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Öktem Çevik S, *Toplu Yapılarda Yönetim* (On İki Levha Yayıncılık 2010).

Rey H, *Die Bedeutung öffentlichrechtlicher Bestimmungen im privatrechtlichen Immissionsschutz- Bemerkungen zu BGE 126 III 223 ff., Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* (Stampfli Verlag Jahr 2000) 280-291.

Sirmen A L, *Eşya Hukuku* (10. bs Yetkin Yayınları 2022).

Tekinay S S, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)* (Filiz Kitabevi 1991).

Topaç N ve Bardak M ve Ünal D. D, 'Çocuğun Oyun Hakkı ve Oyun Hakkına Erişememe Sebepleri' (2019) 5. Uluslararası Sosyal Beşeri ve Eğitim Bilimleri Kongresi Tam Metin Sözel Sunumları 675-681.

Yıldırım A, *Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Adalet Yayınevi 2022).

Zobl D: "Art. 684", Haab R und Simonius A und Scherrer W (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, ZK- Zürcher Kommentar Schulthess Polygraphischer* (Verlag 1977).



TAHKİMDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

*An Assessment of the Competent Court for the Retrial
of the Arbitral Proceedings*

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ*

Özet

Hakem kararları, devlet yargısında mahkemelerin nihai kararları gibi kesin hüküm etkisini haizdir. Yargılamanın yenilenmesi, yargı yetkisinin özel hukuk kişilerine bir sözleşme ile devredildiği tahkim yargılaması bakımından, hukuk düzeninin vazgeçilemez unsurlarına aykırılık durumunda kesin hüküm etkisinin bertaraf edilmesi amacıyla başvurulabilecek olağanüstü ve istisnai bir hukukî çaredir. Tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde beri tartışmalı bir konudur. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinin atfıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme olarak belirlenmiş olsa da, doktrinde bu konuda tartışmalar devam etmektedir. Uygulamada da farklı yönde kararlar verilmekte olduğu görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin lafzî yorumunun katı bir şekilde yapılması hâlinde potansiyel bir sorun barındırmasının yanında, ilgili maddede yapılan değişiklikler tartışma ve sorunların temelini oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı, hukukumuzda tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemeye ilişkin geçmiş ve mevcut yasal düzenlemeler incelenerek, karşılaştırmalı hukukta durum da dikkate alınmak suretiyle, doktrindeki tartışmalar ve uygulamadaki sorunlar çerçevesinde olan hukuk ve olması gereken hukuk bakımından değerlendirmeler yapmaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, hakem kararı, kesin hüküm etkisi, yargılamanın yenilenmesi, görevli mahkeme

Abstract

Arbitral awards have the effect of res judicata like the final judgements of the courts in state proceedings. A retrial is an extraordinary and exceptional remedy that may be applied to nullify the effects of a final judgment in the event of a breach of the indispensable requirements of the legal order in arbitral proceedings in which jurisdiction is conferred by contract on private persons. Since the Code of Civil Procedure No. 1086, the competent court for the retrial of arbitral proceedings has been a controversial issue. Although Article 410 of the Code of Civil Procedure No. 6100, with reference to Article 443 of the Code of Civil Procedure No. 6100, establishes the civil court of first instance or the commercial court of first instance as the competent court for the retrial, the doctrine on this issue continues to be debated. In practice, decisions are made in different directions. Article 410 of the Code of Civil Procedure No. 6100 contains a potential problem in case of strict literal interpretation, and the amendments made to the relevant article form the basis

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.08.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı, hilal.ucuncu@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9969-5612>.



of discussions and problems. The purpose of this study is to examine the past and current legal regulations regarding the competent court for the retrial of arbitral proceedings in Turkish law and to make assessments in terms of *de lege lata* and *de lege ferenda* within the framework of doctrinal discussions and practical problems, taking into account the situation in comparative law.

Key Words: Arbitration, arbitral award, res judicata effect, retrial, competent court

GİRİŞ

Tahkim, özel hukuktan kaynaklanan ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilen bir uyuşmazlığın devlet yargısı yerine hakem veya hakem kurulu tarafından çözülmesidir¹. Taraflar tahkim yoluna aralarındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için çözülmesi amacıyla başvururlar. Bu noktada, farklı hukuk sistemlerinde kabul edilen *res judicata*², *autorité de la chose jugée*, *cosa juzgada*, *Rättskraft* ve *Rechtskraft* gibi, *kesin hüküm* terimi devreye girer³. Nitekim tahkim neticesinde ulaşılmaması beklenen amaç, ancak

¹ Tahkim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saim Üstündağ, *Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim* (İÜHF Yayınları 1968) 68; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği Ve Denetlenmesi* (Fakülteler Matbaası 1973) 20 vd; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* C. VI (6. bs Demir Yayıncılık 2001) 5875 vd; Nevhis Deren Yıldırım, ‘Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri’ (2002) [4] Ankara Barosu Dergisi 37 vd; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (Yetkin Yayınları 2016) 3 vd; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi* C. IV (4. bs Yetkin Yayınları 2021) 5385 vd; Ramazan Arslan vd, *Medeni Usul Hukuku* (9. Bs Yetkin Yayınları 2023) 819 vd; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku* C. II (2. bs Yetkin Yayınları 2022) 353; Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku* C. I (Yetkin Yayınları 2022) 137 vd; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (11. bs On İki Levha 2023) 613 vd; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (6. bs Yetkin Yayınları 2023), 735; Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim* (5. bs Seçkin Yayınları 2023) 130.

² Doktrinde, *res judicata*’nın Türkçe karşılığının “*yargılanmış şey*” olduğuna, kesin hüküm teriminin *res judicata* kavramını karşılamaktan uzak olduğuna, zira bir hükmün kesinleşmesi ile yargılanmış olmasının farklı şeyler olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu yönde bkz. Kemal Gözler ‘*Res Judicata*’nın Türkçesi Üzerine’ (2007) 2 [56] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45, 49 vd. Bununla birlikte hukukumuzda kesin hüküm, *res judicata*’nın anlamını karşılayacak şekilde kabul edilerek terim olarak yerleşmiştir. Bu yönde bkz. Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (2. bs Yetkin Yayınları 2020) 63, dp. 161.

³ Hakem kararlarının kesin hüküm etkisi bakımından hukuk sistemlerinde “*res judicata*” yerine kullanımı kabul edilen “*res arbitrata*” gibi özerk bir terim henüz yoktur. Hakem kararları, mahkeme kararları ile eşdeğerde sayıldığı için, hakem kararlarının kesin hüküm etkisi, mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisini ifade eden terimlerle tanımlanmaktadır. Örneğin Fransız hukukunda *autorité de la chose jugée dans l’arbitrage* ve İngiliz hukukunda *res judicata of arbitral awards* hakem kararlarının kesin hüküm etkisini karşılayan terimlerdir. Bununla birlikte, hakem kararları bakımından ayrı bir terminoloji oluşturulmasına ilişkin olarak *conclusive and preclusive effects of arbitral awards* teriminin uygulama alanı bakımından *res judicata*’nın ötesine geçtiği ve bu nedenle tercih edilebilir olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Filip De Ly ve Audley Sheppard, ‘ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration’ (2009) 1 [25] *Arbitration International* 67, 69-70. Doktrinde, milletlerarası ticari tahkime ilişkin 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu’nun hazırlanması sürecinde, *res judicata*’nın bu Kanun’da tanımlanamayacak kadar karmaşık ve tartışmalı olduğu varsayılarak, hakem kararının bağlayıcı olarak kabul edileceği (“*shall be recognized as binding*”) şeklinde nötr bir ifade seçildiği, ancak yine de bağlayıcı etkinin tartışmalı kaldığı ifade edilerek, kanun koyucunun terminolojiyi uyarlama fırsatını kaçırdığı belirtilmektedir. Dorothee Klement, *Rechtskraft des Schiedsspruchs* (Nomos 2018) 25.

hakem kararına kesin hüküm etkisi tanınması suretiyle gerçekleşir. Birçok hukuk sisteminde, hakem kararlarının kesin hüküm etkisine ilişkin düzenleme vardır. Örneğin Alman hukukunda § 1055 ZPO hükmünde, tahkim yargılamasında verilen bir kararın kesinleşmiş mahkeme kararı ile aynı etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda da Art. 387 sZPO hükmünde hakem kararının kesin hüküm teşkil eden ve icra edilebilir bir mahkeme kararı hükmünde olacağı kabul edilmiştir. Benzer durum, Avusturya⁴, Fransa⁵ ve İspanya⁶ hukuklarında da söz konusudur. Bu düzenlemelerle hakem kararları ve mahkeme kararlarının bağlayıcılık, kesinlik ve tarafların gelecekteki hukukî durumlarında belirleyicilikleri bakımından eşdeğerde olmaları sağlanarak, diğer bir ifadeyle *res judicata*'nın tüm etkileri hakem kararına atfedilerek⁷, tahkimin işlevselliğine hizmet edilmiştir. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hakem kararlarının kesin hüküm etkisine ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir⁸. Ancak bu durum, kanun koyucunun hakem kararlarına kesin hüküm etkisi tanımamak yönünde bir tercih yaptığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılamanın iadesi başlıklı 443'üncü maddesinde, hakem kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolu düzenlenmektedir⁹. Yargılamanın yenilenmesi, şekli ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden nihai kararlara karşı başvuru bir yoldur¹⁰. Bu durum, Kanun'un hakem kararlarına kesin hüküm niteliği tanıdığına açıkça işaret etmektedir¹¹. Aksi yönde yorum, yabancı hakem kararlarına kesin hüküm etkisi tanınırken, millî hakem kararlarının bu etkiden mahrum bırakılması neticesini doğurur. Nite-

⁴ §607 öZPO.

⁵ Art. 1484 Abs. 1 CPC.

⁶ Art. 43 Ley de Arbitraje.

⁷ Doktrinde, hakem kararlarının kesin hüküm etkisi yorumlanırken, mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisine körü körüne bağlı kalınmasının, tahkimin kendisine has özelliklerinin ve özellikle taraf özerkliğinin göz ardı edilmesinin neticesini doğuracağı belirtilmektedir. Bu ihtimal, milletlerarası tahkimin söz konusu olduğu hâllerde daha büyük bir risk olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde bkz. De Ly ve Sheppard (n 3) 72; Klement (n 3) 26, 27.

⁸ Benzer şekilde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da hakem kararlarının kesin hüküm etkisine ilişkin bir hüküm yoktur.

⁹ Terim sorunu hakkında bkz. Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)* (Turhan Kitapevi 1977) 15, 16; Mert Namli, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi* (Beta 2014) 24 vd.

¹⁰ Tahkimde yargılamanın yenilenmesi hakkında genel bilgi için bkz. Arslan (n 9) 12 vd; Tarkan Göksu, *Schiedsgerichtsbarkeit* (DIKE Verlag 2014) 692 vd, Orhan Eroğlu, *Tahkimde Yargılamanın Yenilenmesi* (Seçkin 2022) 52 vd.

¹¹ “Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı ve kesin hüküm vasıf ve mahiyetindedir. Bilindiği üzere, kesin hükmün gayesi taraflar arasındaki uyumsuzlukları bir daha ortaya atılmayacak bir şekilde halletmekten ibarettir. Mahkeme kararları için öngörülen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 237. maddesinde yer alan “kesin hüküm” şartları hakem kararları için de aynen caridir.” Yargıtay İBBGK E 1972/ 2, K 1972/12 T. 23.10.1972; “Hakem sıfatı ile verilen kararların ait oldukları hususta maddî anlamda kesin hüküm oluşturduğunda da kuşku bulunmamaktadır” Yargıtay HGK, E 2002/8-625, K 2002/780, T 9.10.2002, aynı yönde bkz. Yargıtay 1 HD E 2004/8982, K 2004/10117, T 29.9.2004, Yargıtay 1 HD, E 2003/ 985, K 2003//2374, T 6.3.2003.

kim, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun gereğince yabancı hakem kararlarının kesin hüküm etkisinin tanıma yoluyla kabul edilmesi mümkündür. Tüm bu gerekçelerle, hakem kararlarının, mahkemelerin dava neticesinde verdiği nihaî kararlar gibi kesin hüküm etkisini haiz olduğu kabul edilmelidir.

Hakem kararları, verildikleri anda kesin hüküm teşkil eder¹². Bu netice, Hukuk

¹² Aynı yönde bkz. Özbek (n 1) 1740; Erdoğan (n 2) 116. Doktrinde bir görüş, hakemlerin esasa ilişkin nihaî kararlarının süresi içinde iptal davası açılmaması; süresinde iptal davası açılması, anılan davanın bölge adliye mahkemesinde reddedilmesi ve ret kararının süresinde temyiz edilmemesi; temyizden feragat edilmesi; temyiz edilip Yargıtay tarafından onanması hâlinde şekli anlamda kesinleşeceğini kabul etmektedir (Bu yönde bkz. Kuru (n 1) 6092; Tanrıver (n 1) 493); Özbay ve Korucu (n 1) 221; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin Yayınları 2016) 99); Seyhan Selçuk, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali* (Yetkin Yayınları 2018) 52, 53). Diğer bir ifadeyle bu görüş, hakem kararlarının verildikleri anda şekli anlamda kesinlik kazanmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, özetle, hakem kararlarına karşı başvuru yolu olarak öngörülen ve kanun yolu olmayıp, inşaî bir dava olarak mahkemede açılan iptal davası, tahkim yargılamasının devamı niteliğindedir. İptal davasının kanun yolu olarak nitelendirilmemesi, kararın şekli anlamda kesinleşmesini önleyici işlevini ortadan kaldırmamaktadır. İptal davasının kabulü veya reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulmasıyla mevcut hukukî durumun kesinleşmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda temyiz incelemesinin iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılacak olması ve mahkemenin iptal kararına karşı başvurulacak olması, bu sürecin tahkim yargılamasının devamı olarak nitelendirilmesine engel olarak görülmemektedir. Ayrıca, maddî anlamda kesinliğin ön koşulu şekli anlamda kesinlik olduğu için, kanun koyucunun hakem kararlarının verildiği anda hem şekli hem de maddî olarak kesin hüküm etkisine sahip olduğunu benimsemiş olsaydı, hakem kararlarının ortadan kaldırılabilmesi için hem iptal davasını hem de yargılamanın yenilenmesini başvuru yolu olarak kabul etmeyeceği; bunun yerine, iptal sebeplerini ve niteliğine uygun düşüğü ölçüde yargılamanın yenilenmesi sebeplerini benimseyen tek bir başvuru yolu kabul edeceği belirtilmektedir. Ancak mevcut durumda kanun koyucu, şekli anlamda kesinlik kazanmamış hakem kararlarına karşı iptal davası yolunu, maddî anlamda kesinlik kazanmış hakem kararlarına karşı ise, yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul etmiştir. Anılan gerekçelerle, hakem kararlarının verildikleri anda kesinlik taşımadıkları kabul edilmektedir (Gerekçeler için bkz. Selçuk (n 12) 50 vd). Kanaatimizce bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Öncelikle, HMK m. 435 gereğince tahkim yargılamasını “sona erdiren” nihaî hakem kararına karşı açılan iptal davasını tahkim yargılamasının “devamı olarak” nitelendirmek kanunun açık hükmü karşısında kabul edilemez. İptal davası açılması, kanun gereği sona eren tahkim yargılamasının yeniden başlamasını sağlamaz. Dolayısıyla tahkim yargılaması ile iptal davası birbirinden bağımsız iki ayrı yargılama olarak ele alınmalıdır. Başka bir deyişle iptal davası, tahkim yargılamasından bağımsız olan yeni bir davadır (Özbek (n 1) 1739). Buna bağlı olarak belirtmek gerekir ki, usulî bir inşaî dava olan iptal davasına olağan kanun yollarına özgü bir etki olan önleyici etkinin atfedilmesi mümkün değildir. İptal davasının amacı ve iptal davasında yapılan incelemenin kapsamı, olağan kanun yollarıyla örtüşmemektedir (Özbek (n 1) 1739). İptal davasının kabulü ile hakem kararıyla yaratılan hukukî durumun ortadan kaldırılıyor olması, iptal davasına önleyici etki atfedilmesi için yeterli bir gerekçe değildir. İptal davasında verilen karara karşı öngörülen kanun yolu aşaması, tahkim yargılamasının bir parçası değildir, aksine bağımsız ve yeni bir dava olan iptal davasına mündemcî bir aşamadır. Bu durumda temyiz incelemesi, iptal sebepleriyle sınırlı olarak iptal davasında verilen kararın denetimi amacıyla yapılmaktadır. Kanun koyucunun hem iptal davası hem de yargılamanın yenilenmesini hakem kararına başvuru yolu olarak kabul etmesi de hakem kararının verildiği anda şekli kesinlik kazanmadığı yönündeki görüşü desteklemez. Nitekim iptal sebepleri ile yargılamanın yenilenmesi sebepleri genel anlamda birbirinden farklıdır (Aynı yönde bkz. Özbek (n 1) 1740). Netice itibarıyla yinelemek gerekir ki, nihaî hakem kararının verilmesiyle tahkim yargılaması sona erer ve hakem kararına karşı başvurulabilecek olağan kanun yolu olmadı-

Muhakemeleri Kanunu'nun 435'inci maddesinin ilk cümlesinin lafzından çıkmaktadır. Nitekim anılan düzenleme gereğince, tahkim yargılaması, nihai hakem kararının verilmesi ile sona erer¹³. Bu durum, hakem kararının verilmesi itibariyle yargılamanın yenilenmesi kurumunun devreye girebileceği anlamına gelir¹⁴. Nitekim kanun koyucu, yargılamanın yenilenmesine başvurulması için öncelikle iptal davası yolunun tüketilmesi yahut iptal davasına başvuru süresinin geçmiş olması gibi sınırlayıcı bir şart öngörmemiştir¹⁵. Tahkimde yargılamanın yenilenmesi, yargı yetkisinin özel hukuk kişilerine bir sözleşme ile devredildiği tahkim yargılaması bakımından hukuk düzeninin vazgeçilemez unsurlarına aykırılık durumunda başvurulabilecek önemli bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada öncelikle, karşılaştırmalı hukukta durum da dikkate alınarak, iç tahkim çerçevesinde yargılamanın yenilenmesi ile ilgili genel bilgiler verilmektedir. Akabinde Türk hukukunda yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemeye ilişkin yasal düzenlemede yapılan değişiklikler ve bu konudaki tartışmalar üzerinde durularak, mevcut durum ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar değerlendirilmektedir.

I. TAHKİMDE YARGILAMANIN YENİLENMESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİ

Tahkim yargılamasında esas olan tarafların iradesidir. Tahkim yolunun seçilmesi, hakem mahkemesinin oluşumu ve yargılamada uygulanacak usul, ilke olarak tarafların hâkimiyetindedir. Ancak hakem kararlarına kesin hüküm etkisi atfedildiği

ğ i için karar kesinleşir. HMK'da bu yönde bir düzenleme olmadığı için, kararın kesinleşmesi için tebliğ edilmesi şart değildir; kesinlik kararın verilmesiyle vuku bulur. Bu karara karşı iptal davası açılması hâlinde, yeni ve bağımsız bir yargılama başlar, bu süreç tahkim yargılamasının devamı veya parçası değildir. İptal davasının kabulü hâlinde, hakem kararı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve buna bağlı olarak hakem kararının kesin hüküm etkisi de bertaraf edilmiş olur. İsviçre hukukunda Art. 387 sZPO gereğince hakem kararının kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilmektedir. Anılan maddenin gerekçesinde, kararın kesinleşmesi için tefhimin yeterli olduğu belirtilmektedir (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, (2006) [37] BBl 7221 7403). Alman hukukunda da hakem kararının etkilerini düzenleyen § 1055 ZPO maddesinin gerekçesinde açık bir şekilde, § 1054 ZPO'da belirlenen şartların gerçekleştirilmesiyle birlikte hakem kararının şekli anlamda kesinleşeceği kabul edilmektedir, <https://dserver.bundestag.de/btd/13/052/1305274.pdf>.

¹³ Kanun koyucunun nihai kararın verilmesini tahkim yargılamasını sona erdiren sebep olarak sayması, bir yandan nihai kararın verilmesiyle şekli anlamda kesinliğin gerçekleştiğini göstermekte, diğer yandan ise, hakem kararlarına karşı başvuru yollarından biri olan iptal davasının dar anlamda kanun yolu olmadığına işaret etmektedir. Dar anlamda kanun yolunun temel özelliği, kanun yolu aşamasının yargılamanın bir parçasını oluşturmasıdır. Nihai kararın verilmesiyle yargılama sona ereceği için, iptal davası dar anlamda kanun yolu olarak değil, geniş anlamda kanun yolu olan ayrı ve bağımsız bir dava olarak nitelendirilmelidir. Bu yönde bkz. Erdoğan (n 2) 114; ayrıca Klement (n 3) 163, 164.

¹⁴ İptal davası ile yargılamanın yenilenmesinin yarışması sorunu hakkında bkz. Erdoğan (n 2) 212, 213.

¹⁵ İsviçre hukukunda, hakem kararına karşı hem iptal hem de yargılamanın yenilenmesi davası açılması hâlinde, Federal Yüksek Mahkemenin her iki dava bakımından da karar vermekle yükümlü olduğu ve bu durumda ilke olarak önce iptal davasını, akabinde -konusuz kalmadıkça- yargılamanın yenilenmesi talebini incelemesi gerektiği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Göksu (n 10) 693, 694.



için, bu kararların hukuk düzeninin vazgeçilemez unsurlarını ihtiva etmesi gerekir¹⁶. Başka bir deyişle, tahkim yargılamasında taraf hâkimiyetinin sınırı, hukuk düzeninin vazgeçilemez unsurlarıdır. Bunun temini için, hukuk sistemlerinde hakem kararlarına karşı farklı başvuru imkânları düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen hakem kararlarına karşı başvuru yolları; hakem kararlarının tanzih, düzeltilmesi ve tamamlanması, iptal davası ve yargılamanın yenilenmesidir. Tahkimde yargılamanın yenilenmesi kurumunun kabul edilmesinin temelinde, maddî gerçeğe ulaşma amacı vardır. Yargılamanın yenilenmesi, hukuk düzeninin vazgeçilemez unsurlarına aykırılık teşkil eden kesinleşmiş bir nihaî kararın iptal edilerek kesin hüküm etkisinin bertaraf edilmesini sağlar. Hukuk düzeninin sınırlarını zorlayarak ihlâl eden bir hatadan dönülmesini sağladığı için rücu yol olarak nitelendirilen¹⁷ yargılamanın yenilenmesi, kanun yolu benzeri¹⁸ karakteri haiz geniş anlamda hukukî çare¹⁹ niteliğinde olan usulî bir inşaî davadır²⁰.

Tahkimde yargılamanın yenilenmesi, her hukuk sisteminde kabul edilen bir yol değildir²¹. Örneğin Avusturya hukukunda iç tahkim çerçevesinde iptal davası (§ 611

¹⁶ Erdoğan (n 2) 111; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 1) 767, 768.

¹⁷ Necmeddin M. Berkin, *Tabikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi* (Filiz 1981) 909.

¹⁸ HMK'da kanun yolları bakımından bir ayrım yapılmamaktadır. Doktrinde ise, kanun yollarının farklı ayrımlara tabi kılındığı görülmektedir. Kanun yolları, mahkemelerin nihaî kararlarına karşı başvuru imkânlarıdır. Kanun yolları bakımından yapılan ayrımlardan biri, geniş anlamda kanun yolu ve dar anlamda kanun yolu ayrımıdır. Geniş anlamda kanun yolu, mahkemeler tarafından verilen her türlü kararın aynı veya bir başka mahkeme tarafından yeniden incelenmesini ve hatalıysa düzeltilmesini sağlayan bir denetim yolu olarak tanımlanmaktadır, (Hakan Pekcanitez, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1986) 33; Tolga Akkaya, *Medenî Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2009) 53; Arslan (n 9) 8). Dar anlamda kanun yolu ise, mahkemelerin kesinleşmemiş nihaî kararlarına karşı başvurulmuş ve kararın bir üst mahkeme tarafından denetlenmesini ve düzeltilmesini sağlayan yoldur, (Pekcanitez (n 17) 33; Akkaya, (n 17) 54; Arslan (n 9) 9). Dar anlamda kanun yolu, erteleyici ve aktarıcı etkiyi haizdir, (ayrıntılı bilgi için bkz. Akkaya (n 17) 57 vd). Erteleyici etki, kanun yoluna başvurulmasının mahkeme kararının kesinleşmesini ertelemeğini ifade eder. Aktarıcı etki ise, kararın bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi ve şartlara göre kaldırılarak değiştirilmesi veya bozulması demektir. Yargılamanın yenilenmesi, aktarıcı ve erteleyici etkiye sahip olmadığı için dar ve teknik anlamda bir kanun yolu değildir, (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 601). Ancak kurum, kanun yolunun bazı özelliklerini taşıdığı için (bu yönde bkz. Arslan (n 9) 47), kanun yolu benzeri niteliktedir.

¹⁹ Hukukî çare-kanun yolu ayrımının temeli, Alman hukukuna dayanmaktadır. Geniş anlamda hukukî çare, bir hakkın gerçekleşmesi için başvurulmuş her türlü usulî araçtır. Dar anlamda hukukî çare ise, yargı kararlarının iptalini sağlayan her türlü olanağı içeren bir üst kavramdır. Türk hukuku doktrininde, nihaî olmayan kararlara yönelik olarak yapılan itiraz, eski hâle getirme gibi karşı çıkımların hukukî çare olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir (Arslan (n 9) 39, 40). Bu doğrultuda, hukukî çare her türlü imkânı içeren bir üst kavram olarak kabul edilirse, yargılamanın yenilenmesinin bir hukukî çare olduğunun söylenebileceği belirtilmekte, ancak usul hukukunda hukukî çarenin bu kadar geniş kabul edilemeyeceği vurgulanmaktadır (Arslan (n 9) 41). Bununla birlikte kanaatimizce, hukukî çare, kanun yollarını da kapsayan üst bir kavram olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple, yargılamanın yenilenmesi geniş anlamda bir hukukî çaredir.

²⁰ Yargılamanın yenilenmesinin hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Namlı, (n 9) 75 vd.

²¹ Tahkimde yargılamanın yenilenmesi, İsviçre (Art. 396 sZPO ff.), Fransa (Art. 1502 CPC) ve Hollanda (Art. 1068 nZPO) hukukunda kabul edilmektedir.

özPO), hakem kararının varlığının veya yokluğunun tespiti (§ 612 özPO) ve iptal sebebinin başka bir yargılamada fark edilmesi (§ 613 özPO) hakem kararlarına karşı hukukî çare kapsamında düzenlenirken, Alman hukukunda sadece hakem kararlarına karşı iptal davası (§ 1059 ZPO) kabul edilmiştir. Bununla birlikte Alman hukuku doktrininde tahkimde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilip gidilemeyeceğinin tartışmalı olduğu görülmektedir. Doktrinde bir görüş, hakem kararlarının iptalini düzenleyen §1059 ZPO hükmünün sıkı şartlar ihtiva eden lafzı yanında, davada yargılamanın yenilenmesini düzenleyen § 578 ZPO hükmünün -kamu düzenine aykırılığın iptal sebebi sayılması dışında- kıyasen uygulanmasını kabul etmemektedir²². Doktrinde diğer görüş, tahkimde yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir²³. Bu görüşe göre, bazı istisnai durumlarda, özellikle de taraflardan birinin yargılamayı kasten ve hukuka aykırı bir şekilde, hatta suç teşkil edecek şekilde etkilemiş olması hâlinde, hakem kararının kesin hüküm etkisine sıkı sıkıya bağlı kalınması adalet anlayışıyla bağdaşmaz. Özellikle üç aylık sürenin dolması akabinde böyle bir durumun ortaya çıkması hâlinde, §1059 ZPO ile kabul edilen iptal davası sorunu çözmeye yeterli olamaz. Bu sebeple § 580 Nr. 1–5 ZPO’da düzenlenen yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tahkim yargılaması bakımından uygulanması gerekmektedir²⁴.

Hukukumuzda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 443’üncü maddesinde tahdidi olarak sayılan sebeplere dayanarak tahkimde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak mümkündür. Anılan madde, “(1) Yargılamanın iadesine ilişkin yukarıdaki Sekizinci Kısımın Üçüncü Bölümü hükümleri, niteliğine uygun düştüğü şekilde tahkime de uygulanır. (2) Tahkimde, yargılamanın iadesi sebeplerinden sadece 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (e), (f), (g), (h), (ı) ve (i) bentleri uygulanır. Yargılamanın iadesi davası mahkemede görülür. (3) Yargılamanın iadesi talebi kabul edilirse mahkeme, hakem kararını iptal eder ve uyuşmazlığı yeniden bir karar verilebilmesi için yeni hakeme veya hakem kuruluna gönderir. Bu durumda hakem veya hakem kurulu 421 inci maddeye göre yeniden seçilir veya oluşturulur.” şeklindedir. Söz konusu düzenleme ile Kanun, hakem kararlarının iptal edilerek yeniden yargılama yapılabileceğini kabul etmiş, ancak tahkimde yargılama-

²² Bu yönde bkz. Rolf A. Schütze, ‘Schiedsrichterliches Verfahren’ in Rolf A. Schütze (Hrsg) Wicczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar (4. Aufl de Gruyter 2014) 725; Angelika Ruth Tafelmaier, *Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit* (Duncker & Humblot 2018) 88; Joachim Münch ‘ZPO § 1059 Aufhebungsantrag’ in Thomas Rauscher und Wolfgang Krüger (Hrsg) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6. Aufl C. H. Beck 2022) ZPO § 1059 Rn. 97-101.

²³ Bu yönde bkz. Peter Schlosser, ‘Schiedsgerichtsbarkeit und Wiederaufnahme’, (1997) Festschrift für Hans Friedhelm Gaul 679, 683 vd; Peter Schlosser, ‘Schiedsrichterliches Verfahren’ in Reinhard Bork und Herbert Roth (Hrsg) *Stein/ Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung C 10* (23. Aufl Mohr Siebeck 2014) 359; Wolfram Buchwitz, *Schiedsverfahrensrecht* (Springer 2019) 217.

²⁴ Burada dikkat edilmesi gereken, söz konusu yargılamanın yenilenmesi sebebinin hakem kararına dayanak teşkil etmiş olması ve bu durum olmasaydı farklı bir karar verilmesi ihtimalinin bulunmasıdır. Buchwitz (n 22) 218.

nın yenilenmesi sebeplerini sınırlandırmıştır. Bu kapsamda, devlet yargısına özgü olduğu kabul edilen bazı yargılamanın yenilenmesi sebepleri, tahkim yargılaması bakımından hariç bırakılmıştır²⁵.

Tahkimde yargılamanın yenilenmesi sebepleri, davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hakemin karar vermiş veya karara katılmış bulunması; vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla hakem veya hakem heyetinde davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması; hakem veya hakem heyetince ifadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması; bilirkişi veya tercümanın, karara esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması; hakem veya hakem kurulunca lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması; hakem veya hakem kurulunca lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması, devlet ya da hakem mahkemesince önceden verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci tahkim yargılamasında, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması; hakem kararının, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya Eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olmasıdır.

Tahkimde yargılamanın yenilenmesine başvurabilecek kişiler, kesin hükmün subjektif sınırlarına göre belirlenir²⁶. Tahkimde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru süresi ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 377'nci maddesine göre belirlenir. Söz konusu maddede belirlenen sürelerin başlangıcı dayanılan yargılamanın yenilenmesi sebebine göre değişiklik göstermekle birlikte, üç ay ve her hâlde yargılamanın yenilenmesi talebine konu olan hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıldır.

Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi hâlinde, mahkeme hakem kararını iptal eder ve uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı hakem veya hakem kuruluna gönderir. Bu durumda hakem veya hakem kurulu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 421'inci maddesine göre seçilir veya oluşturulur. Ancak davacının açık veya zımnî muvafakati olmaksızın vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması yahut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375'inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine dayalı olarak yargılamanın iadesi dilekçesi kabul olunursa, başka bir inceleme yapılmaksızın hüküm iptal edilir. Bu durumda uyuşmazlık yeniden yargılama yapılarak karar verilmesi için hakem veya hakem kuruluna gönderilmez.

²⁵ Doktrinde, tahkimde yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sınırlandırılması haklı olarak eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2. bs Yetkin 2014) 1261, 1262; Namlı (n 9) 148.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nevhis Deren Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları (Kesin Hükmün 3. Kişilere Sirayeti Sorunu)* (Alfa 1996) 16 vd.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinde mahkemenin kararının kesin olduğu belirtilmediği için, yargılamanın yenilenmesi davası sonunda verilen karara karşı olağan kanun yollarına başvurmak mümkündür²⁷. Bunun sebebi, mevcut durumda ilk derece mahkemesi tarafından verilen hakem kararının kanun yolu denetiminden geçmeksizin iptalinin kabul edilemez olmasıdır²⁸.

II. HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNU DÖNEMİNDE TAHKİMDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DURUM

Tahkimde yargılamanın yenilenmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de kabul edilmiş bir hukukî çare olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargılamanın yenilenmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 534'üncü maddesinde "*Hakem kararı aleyhine üçüncü babın üçüncü faslı ahkâmına tevfiқан iadei muhakeme talep olunabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Anılan maddede yargılamanın yenilenmesi usulü ile ilgili herhangi bir düzenleme sevk edilmediği için, bu dönemde doktrinde tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme bakımından tartışmalar yaşandığı görülmektedir. Bu tartışmalar temel üç görüş çerçevesindedir.

Doktrinde birinci görüş, tahkimde yargılamanın yenilenmesi talebinin -olan hukuk bakımından²⁹- hükmü veren hakem heyetine yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 534'üncü maddesi, aynı Kanun'un yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümlerine atıf yapmaktadır. Atıf yapılan hükümler arasında yer alan 448'inci madde gereğince, yargılamanın yenilenmesi dilekçesi hükmü veren mahkemeye verilir ve orada incelenir. Emredici nitelikte olan bu hüküm hakem kararları bakımından kıyasen uygulanacağı için, burada geçen mahkeme ibaresinin hakem heyeti olarak anlaşılması gerekir. Bu durumda hakem heyeti öncelikle yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyecek ve talebin haklı bulunması hâlinde yeniden yargılama yaparak uyuşmazlık hakkında karar verecektir³⁰.

²⁷ Ali Yeşilirmak, 'Tahkim' iç. Hakan Pekcanitez vd. ed *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017) 2788, 2789.

²⁸ Kanaatimizce hukukumuzda iptal kararının kanun yolu denetimden geçmeden verilmemesi gerektiğinin kabulü, yargılamanın yenilenmesi davasında ilk derece mahkemesinin görevli olmasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin üst derece mahkemesi olarak belirlenmesi hâlinde, bu tereddüt de ortadan kalkmış olacaktır. Bu yönde açıklamalar için bkz. III, B, 2.

²⁹ Doktrinde, olan hukuk bakımından birinci görüşü savunan Kuru, olması gereken hukuk bakımından yargılamanın yenilenmesi talebinin ilk önce mahkemeye yapılması ve mahkemenin yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birinin varlığını tespit etmesi üzerine, yargılamanın yenilenmesi davasının hakemlerde görülmesinin uygun olduğunu belirtmektedir. Bu yönde bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (3. bs Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1974) 1026.

³⁰ Bu yönde bkz. Kuru, 3. bs (n 29) 1026.



Doktrinde ikinci görüş, tahkimde yargılamanın yenilenmesi davasının uyuşmazlığı görmeye görevli ve yetkili mahkemede açılması gerektiğini savunmaktadır³¹. Bu görüşe göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinden açıkça anlaşıldığı üzere hakemlerin sıfat ve görevleri nihai kararın verilmesiyle son bulacağı için, yargılamanın yenilenmesi talebi hakem heyetine yapılamaz³². Ayrıca hakemlerin kesinleşmiş bir kararı iptal ederek yeniden tahkikat yapmaları da mümkün değildir³³. Dolayısıyla bu durumda yargılamanın yenilenmesi talebi mahkemeye yapılmalı ve talebin kabulü hâlinde yeniden yargılama bu mahkeme tarafından yapılarak esas hakkında karar verilmelidir³⁴.

Doktrindeki üçüncü görüş, yargılamanın yenilenmesi talebinin incelenmesi aşaması ile bu talebin kabulü hâlinde yapılacak yeniden yargılama aşamasını birbirinden ayırmaktadır³⁵. Bu görüşe göre, yargılamanın yenilenmesi talebi mahkemede ileri sürülmeli, mahkemenin bu talebi haklı bulması hâlinde tahkikat hakemler tarafından gerçekleştirilmelidir³⁶. Bu görüşe göre, tahkimde hakemlerin görev ve yetkileri belirli ve sınırlıdır. Kanun koyucunun hakemlere görev ve yetki vermediği hâllerde ise, mahkemenin müdahalesi sağlanmıştır. Bu sebeple, yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü bir hukukî çareye ilişkin talebi hakem veya hakemlerin değerlendirebileceği düşünülemez³⁷.

Bu dönemde doktrindeki tartışma, uygulamada da farklı yönde kararlarla karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'ın bu konuda verdiği daha eski tarihli kararlarda görüşünün, yargılamanın yenilenmesinde görev kuralının hükmü veren hakem heyeti olacağı yönündeki birinci görüş doğrultusunda olduğu görülmektedir³⁸. Ancak Yar-

³¹ S. Şakir Ansay, 'Muhakemenin İadesi' (1938) [4] 471 498; Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (İÜHF Yayınları 1939) 493.

³² Ansay (n 31) 498.

³³ Ansay (n 31) 498.

³⁴ Belgesay (n 31) 493.

³⁵ Doktrinde Alangoya, hâkim görüş çerçevesinde yargılamanın yenilenmesi usulünde iki ayrı ihtilâf konusu olduğunu belirtmekte, ancak devlet mahkemesinin tahkim yargılaması sırasında yetkisini muhtelif hükümler ile kabul etmiş bulunan kanunun (bkz. m. 519, 527) yargı yolu benzeri gibi önemli bir hususta hakem mahkemesine müracaat edileceğini kabul etmiş olamayacağını kabul etmektedir. Yazara göre, kanunun yargılamanın yenilenmesi sebeplerini de hakem mahkemesinin incelemesini istediği söylenemez. Şu hâlde yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin mahkeme tarafından tespiti ve muhakeme sebebinin mevcudiyeti tespit edilecek olursa, yeni yargılamaya tekrar hakem mahkemesinde bakılacaktır. Alangoya (n 1) 232, 233; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. bs Sevinç Matbaası 1978) 769, 770.

³⁶ Senai Olgaç, 'Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları' (1965) Tahkim-IV Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 29 Kasım-4 Aralık 1965 193, 195.

³⁷ Olgaç (n 36) 195.

³⁸ Temyiz Ticaret Dairesi'nin ilgili kararına şu şekildedir: "...Hakem kararına aleyhine üçüncü babın 2 inci faslı ahkâmına tevfiқан jadei muhakeme talep olunabileceği hukuk usulü muhakemeleri kanununun 534 üncü maddesinde tasrih edilmiş ve bu talebi mütaazammın arzuhalin hükmü veren mahkemeye ita ve oraca tetkik olunacağı mezkûr kanunun 448 inci maddesinde muharrer bulunmuş

gıтай daha sonraki tarihli kararlarında üçüncü görüş yönünde hüküm kurmuş ve hakem kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi talebinin ilk önce mahkemeye yapılmasının ve mahkemede yargılamanın yenilenmesi için ileri sürülen sebeplerden birisinin mevcudiyetinin usulen tespit ve kabul edilmesi üzerine yargılamanın yenilenmesi davasının, yani işin esasının, hakemlerde görülüp sonuçlandırılmasının hukuk bakımından zarurî ve isabetli bir çözüm yolu olduğunu kabul etmiştir³⁹.

III. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE TAHKİMDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DURUM

A. YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde doktrinde savunulan üçüncü görüş yönünde düzenleme yapılmıştır. Bu durum, geçmiş dönemde

olmasına göre hakem kararlarının aleyhine sebk edecek iadei muhakeme talebinin esas hakkında hüküm vermiş olan hakemler tarafından tetkik ve hükme rapt edileceği anlaşılmasına ve hakem kararının temyizen nakzı halinde hakemlerin yeniden intihap ve müddetinin tayin olunacağı 533 üncü maddede zikredildiği halde iadei muhakemeden bahis olan maddede vazı kanunca böyle bir kaydın ilavesine lüzum görülmemesi iadei muhakeme talebinin hakemlerin yeniden intihabına ve müddetin tayinine hacet olmaksızın esas hükmü vermiş olan hakemler tarafından tetkiki lâzım geleceğini teyid eylesine ve usulün 529 uncu maddesinde tayin olunan müddet esas davanın hükme raptı hususuna münhasır bulunmasına ve mahkeme kararı yukarda zikredilen kanuni esaslara müstenid ve vazih olduğu cihetle muhtacı tavzih bir mahiyet arz eylememesine mebni itirazatı temyiziyenin reddile esasa ve tavzih talebinin reddine müteallik hükümlerin tasdikine...”, karar için bkz. E. 1932/1698 K. 1932/1926 T. 09/10/1932, (Ansay, (n 31) 498.)

³⁹ “...Hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi davasının görülmesinin hükmü veren hakemlere ait olduğundan davanın reddine dair mahalli mahkeme kararı davacı tarafından temyiz olunmuştur. Hakem kararları aleyhine yargılamanın iadesi talep olunabileceği HUMK'nun 534. maddesinde yazılı bulunmaktadır. Kural olarak genel dava şartlarından başka yargılamanın iadesi davalarında özel dava şartlarının bulunup bulunmadığının da araştırılması zorunludur. Kanun koyucu HUMK'nun sözü edilen 534. maddesinde hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi talebinin nereye yapılacağını ve bu husustaki kararı, hakem veya mahkemeden hangisinin vereceğini tasrih etmemiştir. Filhakika HUMK'nun 448. maddesinde yargılamanın iadesi talebini tazammun eden dilekçenin hükmü veren mahkemeye verileceği ve orada tetkik ve intaç olunacağı yazılıdır. Bu itibarla Kanunun 445 ve 446. maddelerinde yazılı sebeplerin hakem kararları bakımından da geçerliliğini muhafaza edeceğinde şüphe yoktur. Ancak, hakemlerin yargılamanın iadesi hakkında karar vermeleri tatbikatta hukuki olmasa bile bazı fiili imkânsızlıklarla karşılaşabileceğinde tereddüt edilemez. Bu sebeple hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi talebinin ilk önce mahkemeye yapılması ve mahkemece de yargılamanın iadesi için ileri sürülen sebeplerden birinin mevcudiyetinin usulen tespit ve kabul edilmesi üzerine yargılamanın iadesi davasının, yani işin esasının hakemlerde görülmesi ve onların sonuçlandırılması hukuk bakımından zaruri ve isabetli bir çözüm yoludur. Böylece hukuki hükümlerde insicam sağlanmış olmakla birlikte uygulamada muhtemel hukuki ve fiili sakıncalar da giderilerek kolaylık sağlanır. - Mahalli mahkemenin yargılamanın iadesi için ileri sürülen sebeplerin mevcut olup olmadığını inceleme den davanın hakemlerde görülmesi gerektiğinden söz ederek reddi usul ve kanuna aykırı görülmüştür...”, Yargıtay 15. HD E 1981/1225 K 1981/1565 T 02/07/1981, (Kuru (n 1) 6123).



doktrinde ve uygulamada yaşanan tartışmaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle nihayete ereceği düşüncesini haklı olarak yaratmıştır⁴⁰. Ancak durum düşünüldüğü gibi olmamış ve tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme bakımından tartışmalar farklı açılardan devam etmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, yargılamanın yenilenmesi davası mahkemede görülür. Anılan maddede, davanın mahkemede görüleceği belirtilmiş, ancak hangi mahkemede görüleceği yönünde bir açıklık getirilmemiştir. Bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin dikkate alınması gerekir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesi çerçevesinde tahkimde görevli mahkeme, hukukumuzda tartışmalı bir konu olmuştur. Bunun sebebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuda yapılan düzenlemenin uygulanmasındaki sorun ve bunun aşılması amacıyla yapılan ve yeni sorunların doğmasına sebep olan sık değişikliklerdir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde yapılan ilk düzenlemede, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğu kabul edilmiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1 Ekim 2011'de yürürlüğe girmesine rağmen, bölge adliye mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihine kadar faaliyete başlamamış ve bu durum tahkimde görevli mahkemeye ilişkin tartışmalar yaşanmasına neden olmuştur. Bu dönemde doktrinde bir görüş, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Geçici Madde 3 gereğince asliye hukuk mahkemelerinin görevli olacağını kabul etmiştir⁴¹. Doktrinde bir diğer görüş, davanın niteliğine göre bu konuda görevli mahkemenin sulh veya asliye hukuk mahkemesi olacağını belirterek, tahkimde yargılamanın yenilenmesi davasının bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya dek tahkim yerindeki ilk derece mahkemesi olarak anlaşılması gerektiğini savunmuştur⁴². Doktrinde baskın olan görüş ise, Geçici Madde 3'ün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm bulunan hâller bakımından uygulanacağını, buna karşın anılan Kanun'da olmayan ve ilk kez Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihdas edilen hükümler bakımından uygulanamayacağını vurgulayarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan genel görev kuralından hareketle asliye hukuk mahkemesinin görevli olacağını kabul etmiştir⁴³. Buna ek olarak, farklı görev düzenlemesinin uygulamada sorun

⁴⁰ Bu yönde bkz. Namlı (n 9) 410.

⁴¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. bs Yetkin Yayınları 2013) 1717; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (14. bs Yetkin Yayınları 2013) 74.

⁴² Ali Cem Budak, 'Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri', (2012) [1] LEGAL Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 31, 38; Ali Cem Budak, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler' (2013) [Özel Sayı] Bankacılar Dergisi 42, 60.

⁴³ Sema Taşpınar Ayvaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması* (Yetkin Yayınları 2013) 213; Sema Taşpınar Ayvaz, 'Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme' (2014) 16 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 469, 471; Mehmet

ve zorluk yaratacağı endişesiyle, olması gereken hukuk bakımından bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar tahkime konu davada görevli mahkemeye ilişkin bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı vurgulanmıştır⁴⁴.

18.06.2014 tarihinde kabul edilen, 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6545 Sayılı Kanun)’un 45’inci maddesi ile, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 5 inci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilerek, mülga üçüncü fıkra yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede tahkime ilişkin olarak “*Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın; ...4. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara, ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır...*” hükmü kabul edilmiştir. Bu süreçte doktrinde 6545 sayılı Kanunla tahkimde görevli mahkemeye ilişkin tartışmaların öneminin kalmadığı belirtilmiş olsa da⁴⁵, söz konusu düzenleme tahkime ilişkin belirli bazı konulara yönelik olduğu için sorun tamamen çözülememiştir⁴⁶. Nitekim anılan maddede tahkim süresinin uzatılması, delillerin toplanmasında mahkemenin yardımı veya yargılamanın yenilenmesi gibi konulara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla 6545 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi, tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme bakımından mevcut sorunu çözmemiştir. Bu durum, tahkime ilişkin konularda görevli mahkemenin belirlenmesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve 6545 sayılı Kanun’un dikkate alınması gerekliliği neticesini doğurmuştur⁴⁷. Bu dönemde doktrinde, 6545 sayılı Kanun’un sorunlu bir düzenleme olması- na rağmen, tahkimle ilgili mahkemeye başvurulması gereken tüm konularda asliye

Oğuz Vuraloğlu, ‘HMK’nın Tahkim Hakkındaki Hükümleri’ (2011) 8 [2] Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1055, 1062.

⁴⁴ Taşpınar Ayvaz (n 43) 213 ve 215; Taşpınar Ayvaz (n 43) 471, 472.

⁴⁵ Fatih Aydemir, ‘Ticaret Mahkemelerinin Teşkilat ve Görevine İlişkin 6545 Sayılı Kanun Değişikliği’ (2016) 8 [2] Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 262.

⁴⁶ İbrahim Özbay ‘Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması’ (2014) 16 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan 779 798.

⁴⁷ 6545 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle HMK M.410 hükmünün (ayrıca MTK M.3 ve MÖHUK m. 60/ f. 2) görevli mahkemeye ilişkin kısmi mülga edildiği yönünde bkz. Özbay ve Korucu (n 1) 15; Nagehan Okumuş, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali* (On İki Levha 2021) 95; Aydemir (n 45) 264.



ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılması gerektiği belirtilerek, bu konudaki tereddütlerin giderilmesi için Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3'üncü maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin yürürlükten kaldırılması gerektiği savunulmuştur⁴⁸.

20 Temmuz 2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin uygulanmasıyla ilgili sorun ortadan kalkmış⁴⁹ ve bu tarih akabinde verilen hakem kararlarına karşı yargılamamanın yenilenmesi davalarında görevli mahkeme -7101 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye dek- bölge adliye mahkemesi olmuştur.

B. MEVCUT YASAL DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEME

1. Genel Olarak

28.2.2018 tarihinde kabul edilen, 15.3.2018 tarihli ve 30361 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 57'nci maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin birinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: "*Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.*" Söz konusu düzenleme çerçevesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince hakem kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi davası, uyuşmazlık konusuna göre, asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesinde görülecektir. Uygulamada da buna uygun olarak genellikle tahkimde görevli mahkemenin asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olduğu yönünde kararlar verildiği görülmektedir⁵⁰. Ancak kanaatimizce, tahkimde görevli mahkemeye ilişkin düzenle-

⁴⁸ Taşpınar Ayvaz (n 43) 480.

⁴⁹ HMK m. 410 hükmünün göreve ilişkin kısmının 6545 sayılı Kanun ile zımnen yürürlükten kalktığını savunan görüş, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra verilecek hakem kararlarında HMK m. 410 hükmünün tekrar uygulanacağını ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Okumuş (n 47) 95.

⁵⁰ "...Karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5235 sayılı kanunda 6545 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra da tahkimde bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak görev yapmasına son verilmiş olup, karar tarihinde tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin istemde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi ise de ; karardan sonra yürürlüğe giren HMK'nun 410.maddesi (Değişik 28.2.2018 Tarih 7101/57 md.) gereğince; tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin, konusuna göre tahkim yerinin asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olduğu belirtilmiş, bu yolda ki tereddütler ortadan kalkmış olduğundan, İlk derece mahkemesinin görevsizlik kararı kaldırılarak talep hakkında bir karar verilmek üzere kararı veren mahkemeye

me farklı açılardan sorunludur. Söz konusu sorunların tespitinin ve bunlara yönelik değerlendirmelerin ayrı bir başlık altında yapılarak çözüm önerilerinin sunulması yerinde olacaktır.

2. Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Tahkimde görevli mahkeme bakımından üzerinde durulması gereken üç temel sorun vardır. Bu sorunlardan ilki tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemeye ilişkin hükmün lafzından kaynaklanmaktadır. İkinci sorun, tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen diğer işler ile aynı mahkeme olarak belirlenmesidir. Üçüncü sorun ise, tahkimde yargılamanın yenilenmesinde ilk derece mahkemelerinin görevli kılınmasıdır. Öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin lafzen yargılamanın yenilenmesi kurumuyla bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Nitekim anılan maddede görevli mahkeme "*tahkim yargılaması*" bakımından belirlenmiştir. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 435'inci maddesinde belirlenen sebeplerden birinin vuku bulmasıyla tahkim yargılaması sona erinceye dek, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 410 hükmünün uygulanması tabiidir. Ancak yargılamanın yenilenmesi davası, tahkim yargılamasının sona ermesi akabinde açılabilir. Dolayısıyla burada vurgulamamız gereken ilk sorun, kanun koyucunun yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme bakımından açık bir düzenleme yapmamış olmasıdır. Görev kuralları kamu düzeninden olup kanunla belirlendiğinden, kanun koyucunun bu konuda herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak açıklıkta düzenleme yapması beklenir. Ancak mevcut durumda, tahkim yargılaması sona erdikten sonra kesinleşmiş hakem kararlarına karşı açılan yargılamanın yenilenmesi davası bakımından, tahkim yargılaması için düzenleme yapan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin uygulanmayacağı lafzen ileri sürülebilecektir⁵¹. Hatta bu durumda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinin birinci fıkrasının atfıyla tahkimde yargılamanın yenilenmesi davasında görevli mahkemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 378'inci maddesi gereğince uyuşmazlığı görmeye görevli ve yetkili mahkeme olacağı dahi söylenebilecektir⁵². Kanaatimizce bu konuda sorun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemeye ilişkin münferit düzenleme yapılması yoluyla aşılabilir. Bu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinde görevli mahkemenin özel olarak düzenlenmesi yahut

iaade edilmiştir..." İstanbul BAM 12. HD E 2018/386, K 2018/443 T 19.04.2018.

⁵¹ Aynı yönde bkz. Namlı (n 9) 410, 411, dp 146.

⁵² Bu konuda doktrinde, kanun koyucunun diğer işler bakımından bölge adliye mahkemesini görevlendirirken, yargılamanın yenilenmesi gibi bir olağanüstü hukukî çareye başvuruda ilk derece mahkemesini görevlendirmenin herhangi bir gerekçesi tespit edilemediği için böyle bir yorumun kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak söz konusu görüş, 7101 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ileri sürülmüştür ve bu dönemde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi görevlidir. Bu yönde bkz. Namlı (n 9) 410, 411, dp 146.



anılan maddede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesine açıkça atıf yapılarak, 410'uncu maddede de tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin ayrıca düzenlenmesi yoluyla yapılabilir. Bu konuda İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu'nun yargılamanın yenilenmesini düzenleyen 396'ncı maddesinde, tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi düzenleyen 356'ncı madde hükmüne açıkça atıf yapıldığı ve 356'ncı maddede de tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli ve yetkili mahkemenin özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu yönde bir yaklaşım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin lafzından doğan riski bertaraf edecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde yargılamanın yenilenmesi ayrı tutulmaksızın, tahkimde mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen tüm işlerde görevli mahkemenin aynı mahkeme olarak belirlenmesinin doğurduğu farklı bir sorun daha vardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 416'ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirlenen hâllerde hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır. Hakem seçiminin mahkeme tarafından yapıldığı bir tahkim yargılamasında verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi davası açılması hâlinde, mahkeme, kendi seçtiği hakem veya hakem heyetinin kararının iptalinin gerekip gerekmediğini inceler. Bu noktada, Anayasa'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrasında ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının unsurlarından birisinin "tarafsız" mahkeme önünde yargılanma olduğunu, ayrıca Anayasa'nın 9'uncu maddesinde yargı yetkisinin Türk milleti adına "tarafsız" ve bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hatırlatmak ve vurgulamak gerekir. Adil yargılanma hakkı⁵³ çerçevesinde tarafsızlık hem hâkim (sübjektif tarafsızlık⁵⁴) hem de mahkeme (objektif tarafsızlık⁵⁵) bakımından aranır⁵⁶. Ancak tahkimde görevli mahkemeye ilişkin mevcut durumda özellikle objektif tarafsızlık ile ilgili şüphe⁵⁷, bizzat ilgili kanun hükmünden

⁵³ Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak bkz. Hakan Pekcanitez, 'Medeni Yargıda Adil Yargılama' (1997) [2] İzmir Barosu Dergisi 35 vd; Süha Tanrıver, 'Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' (2004) [53] TBB Dergisi 191 vd; İbrahim Ermenek, 'Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkının Korunması' iç Ali Yeşilürmek vd (ed) *Tahkimde Güncel Sorunlar (I-IV)* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 33 36 vd.

⁵⁴ Sübjektif tarafsızlık, hâkimin birey sıfatıyla tarafsızlığını ifade eder, bu yönde bkz. Tanrıver (n 53) 198; Varol Karaaslan 'Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi İle Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki' (2014) 4 [2] MİHBİR Özel Sayısı] SDÜHFD 97 99; ayrıca hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerinin birlikte ele alınması gerekliliği ve buna bağlı olarak "sübjektif bağımsızlığı" için bkz. Süheylâ Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 115 vd ve 121 vd.

⁵⁵ Objektif tarafsızlık, kurum olarak mahkemenin hak arayanlarda bıraktığı güven verici izlenimi ve taraflara eşit mesafede bulunduğu ve eşit davranacağı yönündeki genel görüntüyü ifade eder, bu yönde bkz. Tanrıver (n 53) 198; Karaaslan (n 54) 99; ayrıca hakemlerin "objektif bağımsızlığı" için bkz.. Balkar Bozkurt (n 54) 122 vd.

⁵⁶ Gökçen Topuz ve Belkıs Konan, 'Geçmişten Gümümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı' (2017) 66 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 763 774.

⁵⁷ "Mahkeme'nin görevi, Sözleşme'ye taraf bir ülkede, bu tür mahkemelerin kurulmasının gerekli

doğmaktadır. Nitekim objektif tarafsızlık, hâkim ve davanın diğer aktörleri arasındaki hiyerarşi veya başka tür bağlarla ilgilidir⁵⁸ ve bu konuda hâkimin yasal konununun, tarafsızlığı konusundaki şüpheleri uzak tutmak için yeterli garantiyi verip vermediğinin araştırılması gerekir⁵⁹. Davaya bakan hâkimin yargılama sürecinde farklı roller üstlenmiş olması, objektif tarafsızlık bakımından değerlendirilmesi gereken bir durumdur⁶⁰. Böyle hâllerde objektif tarafsızlık, somut olayda yargılama öncesi aşamada hâkimin dosyanın esasına ilişkin olarak ne ölçüde işlem yaptığına bağlıdır⁶¹. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi talebinin hakem seçimini yapan mahkemeye yapılacak olması, objektif tarafsızlık bakımından tereddüt yaratır. Bu durum tarafların mahkemenin vereceği kararın tarafsızlığından şüphe duymalarına neden olabilir ve buna bağlı olarak tahkim süreci ve mahkemeye duydukları güveni zedeleyebilir. Her ne kadar dava sürecinde de yargılamanın yenilenmesinde hükmü veren mahkeme görevli olsa, taraf hâkimiyetinin asıl olduğu ve mahkemenin sürece istisnâ hâllerde katıldığı tahkimde, tarafların mahkemeye ve hakem veya hakem heyetine karşı duyabileceği şüphenin bertaraf edilmesi şarttır. Bu gerekçeyle tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen diğer işlerde görevli mahkeme ile aynı mahkeme olarak belirlenmemesi gerekir. İsviçre hukukunda da durum bu şekildedir. Nitekim, Art. 356 Abs. 1 sZPO hükmünde, itiraz yoluyla iptal davası ve yargılamanın yenilenmesi bakımından görevli mahkemenin yüksek mahkeme olduğu, Art. 356 Abs. 2 sZPO hükmünde ise hakemlerin atanması, reddedilmesi, görevden alınması ve değiştirilmesi; hakem veya hakem heyetinin görev süresinin uzatılması; yargılamaalarda (usul işlemlerinde) hakem veya hakem heyetine yardımcı olunması hâlleri bakımından görevli mahkemenin ilk derece mahkemesi olduğu kabul edilmiştir. İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu'nun gerekçesinde, kanun koyucunun söz konusu maddede farklı mahkemeleri görevli kılmasının bilinçli bir tercih olduğu özellikle

olup olmadığına soyut olarak karar vermek veya konuyla ilgili uygulamaları denetlemek değil, fakat bu mahkemelerden birinin işleyiş tarzının, başvuruçunun adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini tespit etmektir. Bu noktadan bakıldığında, mahkemenin görünümü bile büyük önem taşıyabilir. Burada tehlikede olan şey, demokratik toplumlarda mahkemelerin halka, her şeyden önemlisi yargılama süreci bakımından sanığa vermesi gereken güven duygusudur. Belirli bir mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olmasından endişe duymak için haklı nedenlerin olup olmadığı karara bağlanırken, sanığın görüşleri belirleyici olmamakla birlikte, önem taşır. Belirleyici olan şey, başvuruçunun şüphenin objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir.” İncal v Türkiye B. No 41/1997/825/1031 (AİHM, 9 Haziran 1998).

⁵⁸ Fatih Torun, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı’ (2020) 37 [1] Anayasa Yargısı 281 301.

⁵⁹ AİHM, henüz başvuranlar hakkında kamu davası açılmadan tutuklama kararını veren hâkim heyetinin davanın esasını da karara bağlaması nedeniyle başvuranların mahkemenin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığına dair endişelerini doğrularak, AİHS m. 6/ 1’in ihlâl edildiği kararına varmıştır. Karakoç ve Diğerleri v Türkiye B. No 27692/95, 28138/95, 28498/95 (AİHM, 15 Ekim 2002).

⁶⁰ Torun (n 58) 302.

⁶¹ Torun (n 58) 302.



vurgulanmaktadır⁶². Böylece, aynı devlet mahkemesinin kendi atadığı hakemin kararını iptal ya da yargılamanın yenilenmesi davasında gözden geçirmek zorunda kalmasının önüne geçilmekte olduğu belirtilmektedir. Doktrinde ise, maddede iki farklı mahkemenin görevli kılınmasının amacının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine uygun olarak, aynı mahkemenin kendi atadığı hakemin kararına karşı itiraz ve yargılamanın yenilenmesi taleplerini incelemek zorunda kalmaması yoluyla menfaat çatışmalarının önlenmesi olduğu ifade edilmektedir⁶³. Burada, tahkimde asıl olarak taraflar ile hakem arasındaki ilişki bakımından önem verilen menfaat çatışmalarının⁶⁴, yargılamanın yenilenmesi davasında hakem kararı hakkında iptal kararı verecek olan mahkemeyi de kapsayacak şekilde geniş yorumlandığı görülmektedir.

Bu sorunlara ek olarak, uygulamada da tahkimde görevli mahkemeye ilişkin farklı kararlar verilmekte olduğu görülmektedir. Örneğin, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi bir kararında⁶⁵ “...Davacı vekili dava dilekçesi ile, davacının maliki olduğu ... plaka sayılı aracın, davalı ...Sigorta A.Ş. tarafından kasko sigortası poliçesi ile sigortalı bulunduğunu, 09.08.2010 tarihinde meydana gelen hasar nedeni ile 11.939,60-TL zararın ödenmesi amacı ile ... Uyuşmazlık Hakem Heyetine başvurduklarını ancak başvurularının sürücü ... tarafından kullanıldığının ispatlanamadığı, aracı kullanan...’nun ise 1,35 promil alkollü olması sebebiyle reddedildiğini, yapılan itirazın ise yine aynı gerekçeler ile İtiraz Hakem Heyeti tarafından reddedildiğini, ancak İstanbul 77. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/367 E., 2015/1509K. sayılı kararı ile sürücünün ...olduğunun tespit edildiğini belirterek İtiraz Hakem Heyetinin 12.03.2014 tarih 2014/İHK-139 sayılı kararının yargılamanın iadesi yolu ile iptalini talep etmiştir.... Mahkemece talebin ... kararının iptaline ilişkin olduğu 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 2,3/1-1 ve 73.maddesi uyarında davada tüketici mahkemesinin görevli olduğunu

⁶² Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, (2006) [37] BBl 7221 7394.

⁶³ Stefanie Pfisterer, ‘Art. 356’ in Christopher Boog usw (Hrsg) Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I-III (2. Aufl. Stämpfli 2014) 42; Tanja Planinic und Nadja Erk, ‘Art. 356 Zuständige staatliche Gerichte’ in Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen und Martin Sarbach (Hrsg) OFK - Orell Füssli Kommentar-Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (3. Aufl Orell Füssli Verlag AG 2023) 976 978.

⁶⁴ Tahkimde menfaat çatışmasının önlenilmesi için, her hakemin, hakemlik yapmak üzere görevlendirmesini kabul ettiği sırada tarafsız ve bağımsız olması ve uygulanacak kurallar kapsamında, -süre sınırının bilindiği ya da kolayca tespit edilebileceği varsayımında- nihaî kararın düzeltilmesi veya yorumlanması süresi de dahil olmak üzere, tahkim yargılamasının tamamı boyunca tarafsız ve bağımsız kalması gerektiği kabul edilmektedir. Tahkimde tarafların potansiyel menfaat çatışmalarını tespit edip değerlendirebilmelerini ve kurumlar ile yerel mahkemelerin hakem kararlarına karşı itirazları uygun şekilde ele alabilmelerini sağlamak amacıyla yapılan revizyonla 25 Mayıs 2024 tarihinde yol gösterici nitelikte olmak üzere kabul edilen Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri için bkz. <https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-Conflict-Interest-Turkish-2024>, e.t. 11.09.2024.

⁶⁵ İstanbul BAM 8. HD E 2017/1028 K 2018/1100 T 4.10.2018.

belirterek görevsizlik kararı vermiştir. Davacı istinaf yoluna başvurmuştur. Sigortacılık Kanununda yargılamanın iadesine yönelik hüküm bulunmamaktadır. Ancak HMK m. 443 yollaması ile niteliği uygun düştüğü ölçüde HMK 374-381 maddelerinin uygulanması mümkündür. Yine HMK 410/1 maddesi uyarınca konusuna göre mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlemin Asliye Hukuk veya Asliye Ticaret Mahkemeleri tarafından görüleceği karara bağlanmıştır. Bu durumda İtiraz Hakem Heyeti kararı konusuna göre tüketici mahkemeleri görev kapsamında kalsa dahi HMK 410/1. madde uyarınca yargılamanın yenilenmesinin Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp karara bağlanması gerektiği anlaşıldığından, HMK 353/1-a/3 maddesi uyarınca istinaf talebinin kabulü ile kararın kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir...” şeklinde hüküm kurmuştur. Görüldüğü gibi bu kararda açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 410’uncu maddesine atıfla tahkimde yargılamanın yenilenmesinde asliye ticaret mahkemesi olması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 31. Hukuk Dairesi’nin bir kararında, “ ...Dava, yargılamanın yenilenmesi istemine ilişkindir. Ankara 28. Asliye Hukuk Mahkemesince, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında görevli mahkemenin bu kararı veren Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir. Yargılamanın iadesi istemini düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 378-“(1)Yargılamanın iadesi talebini içeren dilekçe, kararı veren mahkemece incelenir: (2) Mahkeme, dayanılan sebebin niteliğine göre yargılamanın iadesi talebinde bulunandan karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılayacak uygun bir miktar teminat göstermesini isteyebilir.” şeklindedir. Yukarıda değinilen kanun hükmü ışığında yargılamanın iadesi talebini içeren dilekçenin, yargılamanın yenilenmesi talebine dayanak kararı veren (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesince) incelenip karar bağlanması gerekmektedir. Zira hakkında yargılamanın iadesi kararı verilmesi istenen 15/08/2014 tarihli hakemler’dan oluşan hakem heyeti tarafından verilen karara karşı iptal istemi ile açılan davada Ankara BAM 27. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesi sıfatıyla hakem heyetinin iptali istemi ile açılan davayı esastan sonuçlandırmış olup bu dairenin, ilk derece mahkemesi sıfatıyla vermiş olduğu 30/05/2019 tarihli 2019/9 Esas 2019/16 Karar sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmiş ve somut uyuşmazlıkta davacı vekilinin bu yargılamada görülen hakem kararına karşı yargılamanın iadesi talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece de dosya kapsamındaki bilgi, belge ve toplanan deliller değerlendirilerek yasal düzenlemelere uygun ve isabetli gerekçeyle karar verilmiş olduğu, ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında, mahkemenin, görevli mahkemenin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi olduğuna dair görevsizlik kararında usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla davacı vekilinin bu karara karşı yapmış olduğu istinaf başvurusunun, 6100 sayılı HMK’nin 353/(1)-b.1 maddesi uyarınca esastan reddine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur...” şeklinde hüküm kurduğu görülmektedir. Söz konusu karara konu olan olayda, hakem kararına karşı yargılamanın yenilenmesi talep edilmiştir. Ancak bölge adliye mahkemesinin, daha önce açılan iptal davasına



karşı yargılamanın yenilenmesi talep edilmiş gibi bir yorumla hüküm kurduğu görülmektedir. Neticede kararın özünde, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü hâlinde hakem kararının iptal edileceği, iptal davasına bakmakla görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğu ve bu sebeple yargılamanın yenilenmesi davasının bölge adliye mahkemesinde açılması gerektiği düşüncesi vardır. Ancak bu düşünce, -her ne kadar katı bir lafzî yorum yapılması durumunda risk yaratıyor olsa da- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410⁶⁶uncu maddesine açıkça aykırıdır. *Olan hukuk* bakımından hakem kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi davası konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesinde açılmalıdır. Ancak *olması gereken hukuk* bakımından durum farklıdır ve kanaatimizce bu düşünce yerindedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun mevcut sisteminde yargılamanın yenilenmesi bakımından ilk derece mahkemesinin görevli kılınmasının sebebi, 7101 sayılı Kanun'un gerekçesinde yoktur. Söz konusu gerekçede yalnızca, tahkim yargılama sisteminin daha hızlı bir şekilde yapılabilmesi için Tasarıyla görevli ve yetkili mahkemenin açıkça belirlenerek bu sorunun da çözüme kavuşturulmakta olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla ilk derece mahkemelerinin neden tercih edildiği konusunda yorum yapabilmek zordur. Kanun koyucu hakem mahkemesini devlet yargısında ilk derece mahkemesinin surrogatı olarak görüp, hakem kararına karşı yargılamanın yenilenmesinde konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağını hükme bağlamış olabilir. Ancak bölge adliye mahkemesinin -iptal davasında olduğu gibi- ilk derece mahkemesi olarak faaliyet gösterdiği durumlar da vardır⁶⁶. Ayrıca 7101 sayılı Kanun öncesi dönemde tahkimde yargılamanın yenilenmesinde bölge adliye mahkemesi görevli kılınmıştır. Tüm bu hâller, kanun koyucunun görevli mahkemeyi belirlerken özel bir gerekçeyle tercih yapmadığı algısını yaratmaktadır. Eğer amaç, genel gerekçede belirtildiği gibi tahkim yargılama sisteminin daha hızlı bir şekilde yapılabilmesi ise⁶⁷, kanaatimizce yargılamanın yenilenmesi bakımından asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesinin değil, üst derece mahkemelerinden birinin görevli olması gerekir. Nitekim yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü ya da reddi kararına karşı olağan kanun yollarına başvurulması ihtimalinde, ilk derece mahkemesinin görevli olduğu bir sistemde üç aşamalı bir inceleme yapılması söz konusu olabilecektir. Bu da tahkimin olumlu yönlerinden⁶⁸ biri olarak görülen yargılama süresinin daha kısa olması⁶⁹ ile bağdaşmaz.

Tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin üst derece mahkemesi olması yönündeki görüşümüz, karşılaştırmalı hukukta da kabul görmekte-

⁶⁶ Taşpınar Ayvaz (n 43) 474; ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD E 2021/ 2786 K 2022/ 5132 T 21/6/2022.

⁶⁷ Serpil Işık, *MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası* (On İki Levha 2022) 383, 384.

⁶⁸ Tahkimin olumlu ve olumsuz yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Deren Yıldırım (n 1) 37 vd; Özbek (1) 247 vd.

⁶⁹ Deren Yıldırım (1) 38 vd; Özbek (1) 274 vd.

dir. Örneğin İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu'nun yargılamanın yenilenmesini düzenleyen 396'ncı maddesinin atfıyla uygulanan 356'ncı maddenin birinci fıkrasına göre, kanton, hakem kararına karşı iptal davası ve yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme olarak bir yüksek mahkeme belirler⁷⁰. Her ne kadar Alman hukukunda tahkimde yargılamanın yenilenmesine yönelik düzenleme olmasa da, doktrinde, iptal davası açma süresinin geçmesinden sonra yargılamanın yenilenmesinin eyalet yüksek mahkemesinden talep edilebileceği savunulmaktadır⁷¹. Bu durum, milletlerarası tahkimde ilk derece mahkemeleri yerine yargı sistemindeki yüksek mahkemelerin görevli olmasının⁷² yansımaları olarak nitelendirilebilir. Ni-

⁷⁰ İsviçre hukukunda iptal davası ve yeniden yargılama bakımından görevli mahkemenin yüksek mahkeme olmasının sebebi, bunların özel bir egemenlik karakterini haiz olması olarak gösterilmektedir. Art. 356 sZPO'da öngörülen görev kuralı kesindir. Kantonlar ve taraflar bu maddede düzenlenen görev kuralını değiştiremezler. Sutter-Somm Thomas, Seiler Benedikt 'Art. 356' in Sutter-Somm Thomas, Seiler Benedikt (Hrsg) *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Schulthess 2021) 1472; Pfisterer (n 64) 41 ff.

⁷¹ Bu durumda, tahkimde yargılamanın yenilenmesine ilişkin bir düzenleme olmadığı için, uygulanacak usul tartışmalıdır. Nitekim § 584 ZPO gereğince yargılamanın yenilenmesi talebinin hükmü veren mahkemeye yapılması gerekir. Ancak devlet yargısında mahkemelerin aksine, tahkim yargılamasında nihai kararın verilmesiyle hakemlerin görevi sona ereceği için (*functus officio*), karar mercii (hakem mahkemesi) artık mevcut değildir. Doktrinde, kısmî karar verilmekle birlikte kalan kısım için hakem mahkemesinin görevine devam ediyor olduğu hâllerde, kısmî karar bakımından yargılamanın yenilenmesinin aynı hakem mahkemesinden istenebileceği kabul edilmektedir, (Doktrinde, kısmî karar bakımından da hakemlerin görevinin sona erdiği belirtilerek bu görüş eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. Schlosser, (n 23) 360, dp. 10; ancak bu görüşü savunan yazarlar, hukukun gelişimi için bu konuda hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin kırılması gerektiğini belirtmektedir. Schlosser, (n 23) 360; Buchwitz (n 23) 219). Bunun dışındaki hâllerde ise, yeniden yargılama sebepleri aynı zamanda kamu düzeninin ihlali teşkil edeceğinden § 1059 ZPO gereğince eyalet yüksek mahkemesinde iptal davası açılabilirliği belirtilmektedir. Ancak iptal davası için öngörülen üç aylık sürenin dolması durumunda, her zaman olmamakla birlikte genellikle yargılamanın yenilenmesi sebepleri ahlâka aykırı ve hileli davranışlarla örtüştüğü için, "Ahlâka aykırı olarak bir başkasına zarar veren kimse, bu zararı karşılamakla yükümlüdür" hükmünü içeren § 826 BGB gereğince hakem kararının iptalinin mümkün olacağı savunulmaktadır, (Schlosser (n 23) 687; Buchwitz (n 23) 219; ayrıca BGH, NJW 2001, 373). Yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen eyalet yüksek mahkemesinin hakem kararını iptal etmesi hâlinde, uygun durumlarda taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlık yeni bir karar için eski hakem heyetine geri gönderilebilir. Bu durumda, yargılamanın yenilenmesinin dayandığı sebep önemlidir. Eğer sebep, hakem heyetinin yolsuzluk yapması gibi bir durumdan kaynaklanıyorsa, uyuşmazlık eski hakem heyetine geri gönderilmemeli ve hakem kararı iptal edildikten sonra taraflarca yeni hakem seçilmeli veya hakem heyeti oluşturulmalıdır. Yargılamanın yenilenmesi sebebinin hakem veya hakem heyetinden kaynaklanmadığı hâllerde ise, hakem heyeti yeniden toplanmalı ve uyuşmazlık hakkında yeniden karar vermelidir. Doktrinde, mevcut düzenleme eksikliği karşısında ileri sürülen bu çözüm önerileriyle birlikte, tahkimde yargılamanın yenilenmesi hakkının münferit olarak tanınması gerektiği vurgulanmaktadır, (Bu doğrultuda yapılacak düzenlemede, yargılamanın yenilenmesi talebinin, yeniden yargılamayı bizzat yapacağı için eyalet yüksek mahkemesinden daha elverişli şartlar sunan hakem mahkemesi önünde ileri sürülmesinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Buchwitz (n 23) 219. Aksi görüş için bkz. Schlosser (n 23) 685–689; Wolfgang Voit, '§ 1059 Aufhebungsantrag' in Hans-Joachim Musielak und Wolfram Voit (Hrsg) *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (21. Aufl. Vahlen 2024) ZPO § 1029 Rn. 23, ZPO § 1059 Rn. 26.

⁷² Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (Güncel 2008) 101 vd.



tekim milletlerarası tahkimde sahip olduğu önem sebebiyle özellikle iptal davalarında üst derece mahkemelerinin görevli olmasına özen gösterilmektedir⁷³. İptal davası hukukî niteliği itibarıyla yargılamanın yenilenmesine benzetilmektedir⁷⁴. Bir safhasında mahkemenin kesin hüküm teşkil eden kararının iptalini ihtiva eden yargılamanın yenilenmesi bakımından görevli mahkemenin iptal davası ile aynı mahkeme olarak belirlenmesi, hem mahkemenin bu yönde ihtisaslaşmasına hem tahkimin amacına uygun olarak yargılama süresinin kısa olmasına hem de tahkime olan güvenin temin edilmesine hizmet eder. Bu doğrultuda, ilk bakışta, iptal davasında görevli olan bölge adliye mahkemesinin yargılamanın yenilenmesinde de görevli mahkeme olmasının kabulünün yerinde olacağı söylenebilir. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki, kanun koyucu, bu düşüncenin aksine bir yaklaşımla, yukarıda incelemiş olduğumuz yasal değişiklikler silsilesinde yargılamanın yenilenmesi davası ile iptal davası bakımından her zaman farklı mahkemeleri görevli kılmıştır. Nitekim 7101 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde tahkimde yargılamanın yenilenmesi bakımından görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi yerine asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olarak belirlenirken, anılan Kanun'un 60'ncı maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iptal davasını düzenleyen 439'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*tahkim yerindeki mahkemede*" ibaresi "*tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde*" şeklinde, beşinci fıkrasında yer alan "*mahkeme*" ibaresi "*bölge adliye mahkemesi*" şeklinde değiştirilmiş ve böylece hakem kararlarının iptali davalarında görevli mahkeme, bölge adliye mahkemesi olmuştur. İptal davasına ilişkin olarak yapılan bu değişiklik Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun usule ilişkin hükümleriyle uyum sağlanması sebebiyle yerindedir. Ancak bu durumda bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi olarak iptal davasını incelemektedir ve verdiği karar temyiz edilebilmektedir. Yargıtay ise, temyiz incelemesini iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapmaktadır. Diğer bir ifadeyle Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin incelediği hususları tekra- ren incelemektedir. Bu durum, tahkim yargılamasının ilke olarak daha kısa olması amacıyla açıkça çelişmektedir⁷⁵. Bu sakıncanın da aşılabilmesi için, bir adım daha ileri gidilerek, Yargıtay'ın bir dairesinin hakem kararlarına karşı iptal davası ve yargılamanın yenilenmesinde görevli olmasının ve bu dairenin vereceği kararlarının kesin olduğunun kabulü uygun bir çözüm olacaktır⁷⁶. Görevli mahkemeye ilişkin

⁷³ Yeşilova (n 73) 101-102.

⁷⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 768; Erdoğan (n 2) 112.

⁷⁵ Aynı yönde bkz. Sema Taşpınar, 'Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Konusunda HMK Hükümlerinin Uygulanması' (2013) IVXX. Çözüm Arama Konferansı İç Tahkim Ve Uygulamaları 49-54.

⁷⁶ Hukukumuzda milletlerarası tahkim ve iç tahkim kurallarında UNCITRAL Model Kanunu sisteme uyum sağlandığı dikkate alındığında, UNCITRAL Model Kanunu'nda düzenlenmeyen ve bu sebeple ruhuna aykırı kabul edilen iptal davasında temyiz yolu da böylece kaldırılmış olur. Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri (İstanbul Barosu Yayınları 2006) 242.

bu değişikliğin münferiden ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde yapılması hâlinde, üzerinde durulan üç temel sorun da ortadan kalkacaktır.

SONUÇ

Tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemeye ilişkin olarak inceleme yapılan bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

1. Birçok hukuk sisteminde hakem kararlarının kesin hüküm etkisine ilişkin münferit düzenleme varken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu yönde bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Ancak bu durum, Türk hukukunda hakem kararlarına kesin hüküm etkisi atfedilmediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinde, kesin hüküm etkisini bertaraf etmeyi sağlayan yargılamanın yenilenmesi kurumu düzenlenmiştir.

2. Yargılamanın yenilenmesi, kanun yolu benzeri karakteri haiz geniş anlamda hukukî çare niteliğinde olan usulî bir inşaf davadır.

3. Karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri dikkate alındığında, tahkimde yargılamanın yenilenmesinin her hukuk sisteminde kabul edilmediği görülmektedir. Alman hukukunda durum böyledir. Bununla birlikte, Alman hukuku doktrininde, bazı önemli ve istisnaî durumlarda, hakem kararının kesin hüküm etkisine sıkı sıkıya bağlı kalınmasının adalet anlayışıyla bağdaşmayacağı vurgulanarak, bu yönde yasal boşluğun doldurulması yönünde önerilerde bulunmaktadır.

4. Hakem kararları verildikleri anda kesin hüküm teşkil ettiği için, hakem kararının verilmesi itibarıyla şartları varsa yargılamanın yenilenmesi davası açılabilir.

5. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinde tahkimde yargılamanın yenilenmesi sebeplerini sınırlandırmıştır, ancak bu durum eleştiriye açıktır.

6. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinde mahkemenin kararının kesin olduğu belirtilmediği için, mevcut durumda yargılamanın yenilenmesi davası sonunda verilen karara karşı olağan kanun yollarına başvurmak mümkündür.

7. Tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminden beri tartışmalı bir konu olmuştur. Bu dönemde, tahkimde yargılamanın yenilenmesi ayrı bir madde ile kabul edilmekle birlikte, bunun usulü düzenlenmediği için, doktrinde görevli mahkemeye ilişkin olarak üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise, ileri sürülen üçüncü görüşü benimseyerek, yargılamanın yenilenmesi talebinin incelenmesi aşaması ile bu talebin kabulü hâlinde yapılacak yeniden yargılama aşamasını birbirinden ayırmıştır.

Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemeyi atfı yoluyla belirleyen bir düzenleme yapılmış olsa ve o dönemde doktrinde bu durumun geçmiş tartışmaları bitireceği düşünülse de, tahkimde yargılamanın yenilenmesi davasında görevli mahkeme bakımından sorun farklı açılardan devam etmiştir.



8. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde yapılan ilk düzenlemede, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğu kabul edilmiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1 Ekim 2011'de yürürlüğe girmesine rağmen, bölge adliye mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihine kadar faaliyete başlamamış ve bu durum tahkimde görevli mahkemeye ilişkin tartışmalar yaşanmasına neden olmuştur. Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlaması akabinde sorunun çözülmüşken, 28.2.2018 tarihinde kabul edilen, 15.3.2018 tarihli ve 30361 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde değişiklik yapılmış ve görevli mahkemenin konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olacağı kabul edilmiştir. Çalışmada mevcut düzenlemeye ilişkin sorunlar tespit edilerek çözüm önerileri getirilmiştir.

9. Mevcut yasal düzenleme bakımından üzerinden durulan ilk sorun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinin lafzından kaynaklanmaktadır. Nitekim anılan hüküm görevli mahkemeyi tahkim yargılaması için belirlemektedir ve yargılamanın yenilenmesi davası tahkim yargılamasının bitmesi akabinde açılmaktadır. Söz konusu durum, katı bir lafzî yorum yapılması hâlinde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin tespiti bakımından tereddüt yaratabilir. Bu tereddüt, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinde tahkimde yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin özel olarak düzenlenmesi yahut anılan maddede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesine açıkça atıf yapılarak, 410'uncu maddede de yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin ayrıca düzenlenmesi yoluyla aşılabilir.

10. Mevcut yasal düzenleme bakımından üzerinden durulan ikinci sorun, yargılamanın yenilenmesi ile mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen diğer işler için ortak bir görevli mahkeme belirlenmiş olmasıdır. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 416'ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerden birinin varlığı hâlinde hakem seçimi yapan mahkemenin, yargılamanın yenilenmesi talebini de inceleyecek olması tarafların tahkim sürecine ve mahkemeye duydukları güveni zedeleyebilir. Her ne kadar davada yargılamanın yenilenmesinde hükmü veren mahkeme görevli olsa da, burada değerlendirme devlet yargısından farklı yapılmalıdır. Nitekim taraf hâkimiyetinin esas olduğu ve mahkemenin hakem kararına müdahalesinin olağanüstü ve istisnâî hâllerde kabul edildiği tahkim yargılamasında tarafsızlığa duyulabilecek şüphenin bertaraf edilmesi şarttır. Söz konusu sakıncanın giderilebilmesi için, yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemenin, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen diğer işlerde görevli mahkeme ile aynı mahkeme olarak belirlenmemesi gerekir.

11. Mevcut yasal düzenleme bakımından üzerinde durulan üçüncü sorun, tahkimde yargılamanın yenilenmesinde ilk derece mahkemelerinin görevli mahkeme olarak belirlenmesidir. Bu durum, hem tahkimin olumlu bir yönü olarak görülen

yargılama süresinin kısa olması bakımından sakınca yaratır hem de hakem kararının kesin hüküm etkisini bertaraf eden yargılamanın yenilenmesi gibi bir konuda verilen karara duyulan güveni zedeleyebilir. Nitekim karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinde, sahip olduğu önem sebebiyle özellikle iptal davalarında üst derece mahkemelerinin görevli olmasına özen gösterilmektedir. İptal davasının hukukî niteliği yargılamanın yenilenmesine benzemektedir. Dolayısıyla bu iki dava bakımından üst derece mahkemesinin görevli olması, hem mahkemenin bu yönde ihtisaslaşmasına hem tahkim yargılamasının devlet yargısına kıyasla hızlı olmasına hem de tahkime olan güvenin temin edilmesine hizmet eder. Bu doğrultuda, ilk bakışta, iptal davasında görevli olan bölge adliye mahkemesinin yargılamanın yenilenmesinde de görevli mahkeme olmasının kabulünün yerinde olacağı söylenebilir. Ancak bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak iptal davasını incelediği ve bu davada verilen karara karşı kanun yoluna gidilmesi hâlinde Yargıtay'ın temyiz incelemesini iptal sebepleriyle sınırlı olarak yaptığı dikkate alındığında, mevcut durumun, tahkim yargılamasının ilke olarak daha kısa olması amacı ve faydasıyla açıkça çelişmekte olduğu görülmektedir. Bu sakıncanın da aşılabilmesi için, bir adım daha ileri gidilerek, Yargıtay'ın bir dairesinin hakem kararlarına karşı iptal davası ve yargılamanın yenilenmesinde görevli olmasının ve bu dairenin vereceği kararların kesin olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Bu yönde değişikliğin yargılamanın yenilenmesinde görevli mahkemeyi münferiden yahut atıf yoluyla ayrıca belirleyen bir düzenleme ile yapılması, üzerinde durduğumuz üç sorunun da çözülmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akkaya T, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2009)

Alangoya Y, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (Fakülteler Matbaası 1973)

Alangoya Y, Yıldırım K ve Deren Yıldırım N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri* (İstanbul Barosu Yayınları 2006)

S. Şakir Ansay, 'Muhakemenin İadesi' (1938) [4] 471

Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)* (Turhan Kitapevi 1977)

Arslan R vd, *Medenî Usûl Hukuku* (9. bs Yetkin Yayınları 2023)

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (6. bs Yetkin Yayınları 2023)

Aydemir F, 'Ticaret Mahkemelerinin Teşkilat Ve Görevine İlişkin 6545 Sayılı Kanun Değişikliği' (2016) 8 [2] Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239

Balkar Bozkurt S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2016)



- Belgesay M R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (İÜHF Yayınları 1939)
- Berkin N M, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi* (Filiz 1981)
- Bilge N ve Önen E, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. bs Sevinç Matbaası 1978)
- Buchwitz W, *Schiedsverfahrensrecht* (Springer 2019)
- Budak A C, ‘Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri’, (2012) [1] LEGAL Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 31
- —, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler’ (2013) [Özel Sayı] Bankacılar Dergisi 42
- De Ly F ve Sheppard A, ‘ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration’ (2009) 1 [25] Arbitration International 67
- Deren Yıldırım N, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları (Kesin Hükümün 3. Kişilere Sirayeti Sorunu)* (Alfa 1996)
- —, ‘Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri’ (2002) [4] Ankara Barosu Dergisi 37
- Erdoğan E, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (2. bs Yetkin Yayınları 2020)
- Ermenek İ, ‘Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkının Korunması’ iç Ali Yeşilirmak vd (ed) *Tahkimde Güncel Sorunlar (I-IV)* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 33
- Eroğlu O, *Tahkimde Yargılamanın Yenilenmesi* (Seçkin 2022)
- Göksu T, *Schiedsgerichtsbarkeit* (DIKE Verlag 2014)
- Göksu M, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim* (5. bs Seçkin Yayınları 2023)
- Gözler K ‘Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine’ (2007) 2 [56] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45
- Işık S, *MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası* (On İki Levha 2022)
- İyilikli A C, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin Yayınları 2016)
- Karaaslan V, ‘Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi İle Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki’ (2014) 4 [2 MİHBİR Özel Sayısı] SDÜHFD 97
- Klement D, *Rechtskraft des Schiedsspruchs* (Nomos 2018)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (3. bs Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1974)
- —, ‘Hukuk Muhakemeleri Usulü C.VI (6. bs Demir 2001)

Münch J, ‘ZPO § 1059 Aufhebungsantrag’ in Thomas Rauscher und Wolfgang Krüger (Hrsg) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6. Aufl. C. H. Beck 2022)

Namlı M, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi* (Beta 2014)

Okumuş N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali* (On İki Levha 2021)

Olgaç S, ‘Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları’ (1965) Tahkim-IV Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 29 Kasım-4 Aralık 1965 193

İbrahim Özbay ‘Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması’ (2014) 16 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan 779

Özbay İ ve Korucu Y, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (Yetkin Yayınları 2016) Özbek M S, *Tahkim Hukuku C. I* (Yetkin Yayınları 2022)

Pekcanitez H, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1986)

— —, ‘Medeni Yargıda Adil Yargılama’ (1997) [2] İzmir Barosu Dergisi 35

Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku* (14. bs Yetkin Yayınları 2013)

— —, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (11. bs On İki Levha 2023)

Pfisterer S, ‘Art. 356’ in Christopher Boog usw (Hrsg) *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I-III (2. Aufl. Stämpfli 2014) 41

Planinic T und Erk N, ‘Art. 356 Zuständige staatliche Gerichte’ in Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen und Martin Sarbach (Hrsg) *OFK - Orell Füssli Kommentar-Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (3. Aufl Orell Füssli Verlag AG 2023) 976

Schlosser P, ‘Schiedsgerichtsbarkeit und Wiederaufnahme’, (1997) Festschrift für Hans Friedhelm Gaul 679

— —, ‘Schiedsrichterliches Verfahren’ in Reinhard Bork und Herbert Roth (Hrsg) Stein/ Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung C 10 (23. Aufl Mohr Siebeck 2014) 1

Schütze R A, ‘Schiedsrichterliches Verfahren’ in Rolf A. Schütze (Hrsg) Wicze- rek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar (4. Aufl de Gruyter 2014)

Selçuk S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali* (Yetkin Yayınları 2018)



Tafelmaier A R, *Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit* (Duncker & Humblot 2018)

Tanrıver S, ‘Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı’ (2004) [53] TBB Dergisi 191

— —, *Medenî Usul Hukuku C. II* (2. bs Yetkin Yayınları 2022)

Taşpınar Ayvaz S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması* (Yetkin Yayınları 2013)

— —, ‘Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Konusunda HMK Hükümlerinin Uygulanması’ (2013) IVXX. Çözüm Arama Konferansı İç Tahkim Ve Uygulamaları 49

— —, ‘Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme’ (2014) 16 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan 469

Sutter-Somm T, Seiler B S, ‘Art. 356’ in Thomas Sutter-Somm und Benedikt Seiler (Hrsg) *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Schulthess 2021) 1471

Topuz G ve Konan B, ‘Geçmişten Gümümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı’ (2017) 66 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 763

Torun F, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı’ (2020) 37 [1] Anayasa Yargısı 281

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. bs Yetkin 2014)

Üstündağ S, *Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim* (İÜHF Yayınları 1968)

Voit W, ‘§ 1059 Aufhebungsantrag’ in Hans-Joachim Musielak und Wolfram Voit (Hrsg) *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (21. Aufl Vahlen 2024)

Vuraloğlu M O, ‘HMK’nın Tahkim Hakkındaki Hükümleri’ (2011) 8 [2] Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1055

Yeşilirmak A, ‘Tahkim’ iç. Hakan Pekcantez vd. ed *Pekcantez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (On İki Levha 2017)

Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (Güncel 2008)

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. bs Yetkin Yayıncılık 2013)

— —, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi C. IV* (4. bs Yetkin Yayınları 2021)

HÜKÜM VE SONUÇLARIYLA ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKI

The Right to Refuse Work with Terms and Consequences

Atanur KARAAHMETOĞLU*

Özet

Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmak işçilerin en temel haklarındandır. Bu nedenle işveren, işçilerin sağlığı ve yaşamı için elverişli bir çalışma ortamını sağlamakla yükümlüdür. Bir başka ifadeyle işverenin, iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde sağlığı ve yaşamı için ciddi ve yakın tehlikeyle karşılaşan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı söz konusu olacaktır. Çalışmaktan kaçınma hakkı gerek uluslararası, gerek ulusal düzenlemelerde önemle üzerinde durulan bir konu olmuştur. Çalışmaktan kaçınma hakkı Türk mevzuatında ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde, akabinde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) madde 13'de düzenlenmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hazırlanırken, uluslararası normlar esas alınmıştır. Bu durum çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin düzenlemeye de sirayet etmiştir. İSGK'nin 13. maddesinde hangi durumda işçilerin çalışmaktan kaçınabileceği, çalışmaktan kaçınma hakkının şartları, çalışmaktan kaçınma hakkının hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir. Bu çalışmada uluslararası ve ulusal normlar çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkının şartları, kapsamı, hüküm ve sonuçları ele alınmıştır. Böylelikle çalışmaktan kaçınma hakkının önemi vurgulanarak, hangi durumda işçilerin çalışmaktan kaçınabileceği ve bunun hüküm ve sonuçlarının ne olduğu sorusuna bir cevap aranmıştır. Bu şekilde uygulamada karşılaşılan sorunların çözüme kavuşmasına katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Anahtar kelimeler: İş sağlığı, iş güvenliği, ciddi ve yakın tehlike, tedbir, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, çalışmaktan kaçınma hakkı, haklı nedenle fesih.

Abstract

Working in a healthy and safe environment is one of the most fundamental rights of workers. Therefore, the employer is obliged to provide a working environment suitable for the health and life of workers. In other words, the employer has the obligation to take the necessary measures in terms of occupational health and safety. Otherwise, workers who face serious and imminent danger to their health and life will have the right to refrain from working. The right to refrain from working has been an issue emphasized in both international and national regulations. The right to refrain from working was first regulated in the legislation of the Republic of Turkey in Article 83 of the Labor Law No. 4857, and subsequently in Article 13 of the Occupational Health and Safety Law (OHSPL) No. 6331. While preparing the Occupational Health and Safety Law No. 6331, international norms were taken as basis. This situation has also spread to the regulation regarding the right to refrain from working. Article 13 of the Occupational Health and Safety Law

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.06.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi İİBF, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, atanurkartal@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8306-3178>.



regulates the circumstances in which workers may refrain from working, the conditions of the right to refrain from working, and the provisions and consequences of the right to refrain from working. Thus, by emphasizing the importance of the right to refrain from working, an answer was sought to the question in which situation workers can refrain from working and what the provisions and consequences of this are. In this way, it is aimed to contribute to the solution of the problems encountered in practice.

Keywords: Occupational health and safety, refuse to work, serious and imminent danger.

GİRİŞ

İşçilerin en temel haklarından biri sağlık ve güven içinde çalışmaktır. O nedenle işverenin sağlıklı ve güvenli çalışma şartlarını sağlaması gerekmektedir. Bunun için işveren işçileri için öncelikli olarak riskten ve tehlikeden arındırılmış bir çalışma ortamını sağlamalıdır. Ayrıca işveren, iş sağlığı ve güvenliğini tehdit edecek riskleri bertaraf etmeli, tehlikeler henüz büyümeden en baştan müdahale etmelidir. Bir başka ifadeyle işveren, tehlikenin büyümesini beklemeden önleyici bir sistem kurmalıdır.

İşçiler güvenli bir ortamda ve sağlıklı bir şekilde çalışma hakkına sahiptir. Ayrıca işçiler, sağlığını ve güvenliğini tehdit eden tehlikeler ile karşılaştıklarında da, tehlikelerin ortadan kaldırılmasını talep edebilmektedir. Zira çalışanlar “ciddi ve yakın” bir tehlike ile karşılaştıklarında çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir.

Çalışmaktan kaçınma hakkı gerek uluslararası düzenlemelerde, gerek ulusal düzenlemelerde büyük önem verilen bir kavramdır. Zira insan sağlığının ve güvenliğinin korunması en temel haklardan biridir. Bu nedenle işçiler, sağlığı ve güvenliği için tehlikeli olan bir ortamda çalışmayı reddetme hakkına sahiptir. Ancak işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için ortada ciddi ve yakın bir tehlikenin olması gerekmektedir.

“Ciddi ve yakın tehlike” kıstası, uluslararası metinlerde sıklıkla kullanılan bir kavram olmakla birlikte, mevzuatımızda ilk olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda (İSGK) görülmektedir.

6331 sayılı İSGK yürürlüğe girmeden önce de 4857 sayılı İş Kanunu’nda çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmişti. Ancak buradaki düzenleme işçi ücretlerinin haklı bir neden olmaksızın zamanında ödenmemesi ile ilgilidir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için İSGK’nin 13. maddesinde “ciddi ve yakın tehlike” dışında, işçilerin gerekli önlemlerin alınmasını talep etmesi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurulması, gerekli tedbirlerin alınmaması gibi şartlar da aranmaktadır. İşçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için tüm bu şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Ciddi ve yakın tehlikenin varlığını gerekçe göstererek işçilerin doğrudan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması söz konusu değildir. Gerekli şartların bulunmamasına karşın işçilerin çalışmaktan kaçınması halinde işçiler haksız yere iş görmekten kaçınmış olacaktır. Ancak, çalışmaktan kaçınma hakkının şartları bulunmakta ise işçiler yasanın kendilerine bahsettiği bir hakkı kullanarak çalışmaktan kaçınabilmektedir.

İşçiler çalışmaktan kaçınma hakkını kullandıkları takdirde, iş görme yükümlülükleri ortadan kalkmaktadır. Bir başka ifadeyle işçilerin iş görme yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Ancak İSGK m. 13'deki düzenleme gereğince işverenin ücret ve diğer işçilik haklarına ilişkin yükümlülüğü devam etmektedir. Zira işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde işçilik haklarında herhangi bir kısıtlamaya gidilmesi söz konusu değildir.

Ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçiler iş görmekten kaçınabileceği gibi iş akdini feshedebilmektedir. Ancak işçilerin iş akdini feshedebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını talep etmesi buna rağmen gerekli tedbirlerin alınmamış olması gerekmektedir. Böyle bir durumda işçilerce yapılan fesih haklı nedenle fesih olacaktır.

Bu çalışmada çalışmaktan kaçınma hakkının hüküm ve sonuçları ele alınmıştır. Başka bir ifadeyle hangi hallerde işçilerin çalışmaktan kaçınabileceği, çalışmaktan kaçınmanın şartları ve kapsamı üzerinde durulmuştur. Ayrıca çalışmaktan kaçınmanın sonuçları da ele alınmış, bu kapsamda işçilerin haklı nedenle iş akdini feshedip feshedemeyeceği üzerinde durulmuştur. Böylelikle uygulamaya tam olarak yansımaya bu konuda, yasal düzenlemeler çerçevesinde hangi yöntemin izlenmesi gerektiği sorusuna bir çözüm bulmak amaçlanmıştır. Zira çalışmaktan kaçınma hakkı hüküm ve sonuçlarıyla büyük öneme sahip temel bir haktır. Bu hakkın hiçbir gerekçeyle yasaya aykırı şekilde kısıtlanması söz konusu değildir. Ancak bunun için kafalardaki soru işaretlerinin de giderilmesi gerekmektedir. Literatürde çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili çalışmalar olmakla birlikte, genellikle çalışmaktan kaçınma hakkı salt kanuni boyutuyla ele alınmaktadır. Bu çalışmada ise bir bütün olarak hüküm ve sonuçlarıyla çalışmaktan kaçınma hakkının ele alınması, soru işaretlerinin giderilmesi ve konunun öneminin daha iyi anlaşılması amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda ilk olarak uluslararası ve ulusal düzenlemelerde çalışmaktan kaçınma hakkının nasıl düzenlendiği, nasıl uygulandığı, sonrasında mevzuatımızda konuya nasıl bakıldığı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda konunun nasıl düzenlendiği incelenerek, çalışmaktan kaçınma hakkının hüküm ve sonuçları ele alınmıştır.

A. GENEL OLARAK

İş sağlığı ve güvenliği, temelde çalışan sağlığını ve iş güvenliğini esas almaktadır. Böylelikle işçilerin çalışma hayatında daha sağlıklı ve güven içinde bir yaşam sürmesi mümkün olmaktadır.¹ Öyle ki, işçilerin karşılaşılabilecekleri her tür tehli-

¹ Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (6. bs. Seçkin Yayıncılık 2022) 6-8; Gizem Sarıbay Öztürk, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları (1. bs. Beta Yayıncılık 2015) 16-19; Deniz Boz Erava '6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İlgili Yönetmelikleri Çerçevesinde İşverenin Yükümlülükleri' (2019) 8 [22] Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 332, 334; Ahu Karabal 'İş Sağlığı ve İş Güvenliği' (2020) 5 [1] Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi 3, 5; Seher Demirkaya 'Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliğinin Gelişimi: Cumhuriyetten Günümüze Hukuki Bir Değerlendirme' (2023) 7 [35] Premium Journal Social Sciences 1, 5-6; Seda Arslan 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri' (2014) 20 [1] Marmara Üniversitesi Hukuk



keye karşı korunabilmesi, bu tehlikelerin büyümeden önlenmesi iş sağlığı ve güvenliği açısından temel bir gayedir. Bu amaç doğrultusunda tehlikelerin bertaraf edilebilmesi için maddi manevi her çeşit önlemin alınması zorunludur.² Aksi halde işçiler iş kazası veya meslek hastalığı riski ile karşı karşıya kalmaktadır. İşçilerin iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalmaması açısından gerekli tedbirlerin alınması büyük öneme sahiptir.³ Gerekli tedbirler alındığı vakit, işçilerin tehlikeden uzak, riskten arındırılmış bir ortamda olması mümkün olacaktır.⁴

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçilere zarar vermesi muhtemel tehlikelerin önlenmesi açısından temel yükümlülük işverene aittir. Bu açıdan işverenin kendisinden beklenebilecek ve gerekli her türlü önlemi alması gerekmektedir.⁵ Böylelikle iş kazası veya meslek hastalıklarının önlenmesi mümkün hale gelmektedir. Ancak, esas olarak işverenin iş kazası veya meslek hastalığı yaşanmadan önceki evrede önlem alması, bir şekilde iş kazası veya meslek hastalığı yaşanmışsa bunun neden ve sonuçlarını işverenin tahlil etmesi, bir daha iş kazası veya meslek hastalığının yaşanmaması için gerekli önlemleri alması, tehlikeleri minimize etmesi gerekmektedir.⁶ İşveren işçinin sağlığını ve beden bütünlüğünü korumak üzere elinden geleni yaparak, özen göstermekle yükümlüdür.⁷ Zira işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Koruma ve gözetme yükümlülüğünün bir gereği olarak işveren, işçinin sağlığını ve güvenliğini gözetme yükümlülüğü altındadır. İşveren muhtemel tehlikelere karşı işçisini korumak zorundadır.⁸ Öyle ki, işverenin çalışma ortamını gözlemleyerek, muhtemel

Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 772, 774; Mustafa Tiftik ve Ayşe Adıgüzel 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Genel Hizmet Sözleşmelerinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu' (2016) 1 [1] Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 330, 333; Murat Şen, 'İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İspat Vasıtaları' (2008) 3 [1] EÜHFD 160, 164.

- ² Lütfi İnciroğlu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 810-811; Teoman Akpınar, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ekin Kitapevi, 1. Bası, 2018, s. 5.
- ³ Sami Narter, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (3. bs. Adalet Yayınevi 2017) 163.
- ⁴ Öner Eyrenci, *Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan Bireysel İş Hukuku* (10. bs. Beta Yayınevi 2020) 351-352.
- ⁵ İnciroğlu (n 2) 811-812; Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (1. bs. Vedat Kitapçılık 2014) 65-66; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. bs. Lykeion Yayınları 2022) 1641-1643.
- ⁶ Dilek Baybora, 'Türkiye'de İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Güvenlik Sistemi İçindeki Yeri' International Conference On Eurasian Economies Session 2B (2013) 5-6; Narter (n 3) 163; Teoman Akpınar, *İş Sağlığı ve İş Güvenliği İşçi İşveren Rehberi* (1. bs. On İki Levha Yayıncılık 2015) 103-105.
- ⁷ Sümer (n 1) 105; Sarper Sözek, *İş Hukuku* (22. bs Beta Yayınları 2022) 907-908; Baybora (n 6) 10-11; Murat Özveri, *İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri* (Birleşik Metal İş Yayınları 2015) 63-65.
- ⁸ Yusuf Alper ve İlknur Kılıç, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (3. bs Dora Yayıncılık 2017) 63; Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12.

riskleri tespit etmesi, değişen ve gelişen riskleri ve tehlikeleri takip etmesi, kayıt altına alması buna göre tedbirler alması gerekmektedir.⁹ Bunun bir sonucu olarak işverenin çalışma ortamını düzenli denetlemesi, muhtemel tehlikeleri daha büyümeden ilk aşamada belirleyip önleme mekanizmasını devreye sokması doğru bir yöntem olacaktır.¹⁰

Bu çerçevede işveren muhtemel risk ve tehlikeler hakkında düzenli olarak işçilere doğru bilgilendirmeleri yapması, her durum ve koşula uygun güvenlik tedbirlerini oluşturması ve bu tedbirleri gereken şekilde uygulaması, riskleri tespit etmesi ve kayıt altına alması gerekmektedir.¹¹

Belirtmek gerekir ki, işyerinde teknolojik gelişmelere bağlı olarak birtakım değişim ve gelişmelerin yaşanması mümkündür. İş sağlığı ve güvenliğine yönelik tehlikeler de bu değişim ve gelişmelerden etkilenmektedir. İşverenin bu değişim ve gelişmeleri de göz önünde bulundurması, içinde bulunduğu ekonomik koşullar nispetinde kendisine haddinden fazla mali yük getirmeyecek şekilde tedbir alması, işçileri bilgilendirmesi ve uygun bir sistem kurması gerekmektedir.¹²

Görüldüğü gibi, işçinin sağlığını korumak ve beden bütünlüğünü sağlamak üzere işverenin gereken bütün önlemleri alma yükümlülüğü vardır.¹³ Dolayısıyla işveren işçinin sağlığını ve yaşamını tehdit eden riskleri saf dışı bırakarak, mevcut veya muhtemel tehlikelere karşı her tür tedbirin alındığı bir işyeri ve çalışma ortamını hazırlamakla yükümlüdür.¹⁴

Anlaşılabileceği üzere iş sağlığı ve güvenliği sisteminin kurularak işyerinde uygulanması açısından asli sorumlu işverendir.¹⁵ Ancak işverenin alması gereken önlemler bakımından iş görme faaliyetlerinin yapıldığı işyeri veya işletmenin ekonomik, teknik ve mali özellikleri ile yapılan işin tehlike derecesi de önem arz etmektedir.¹⁶ Zira bazı işler özelliği dolayısıyla daha tehlikeli olabilmektedir. Örneğin inşaat işi özelliği itibarıyla bünyesinde birçok tehlike barındırmaktadır. İnşaat işinde işçi çalıştıran bir işverenin, muhtemel tehlikeler açısından daha dikkatli olması ve gerekli önlemleri alması beklenir. İnşaat sektöründe ufak bir dikkatsizliğin ağır yaralanmalara, hatta ölümlere yol açma olasılığı oldukça yüksektir. Bu gibi sebeplerden dolayı işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır. İş kazası veya meslek has-

⁹ Hasan Selçuk Selek, *İş Sağlığı ve Güvenliği (İSG) Temel Konular* (2. bs. Seçkin Yayıncılık 2018) 327; Gürcan Önel 'Çalışmaktan Kaçınma Hakkı' (2022) 0 [2] TAAD 215, 216.

¹⁰ Özdemir (n 5) 60; Sümer (n 1) 105-107.

¹¹ İnciroğlu (n 2) 811-813; *Uluslararası Çalışma Örgütü ILO Türkiye Ofisi, Türkiye Kömür Madencilik Sektöründe Sözleşmesel Düzenlemeler: Gerçekleşme Biçimleri, Boyutları, Nedenleri, Yasal Nedenleri ve İSG Üzerindeki Etkisi* (1. bs. ILO 2016) 69.

¹² Cumhuriyet Sinan Özdemir, *İş Mevzuatı Rehberi* (1. bs. Adalet Yayınevi 2018) 647; Akpınar (n 2) 109.

¹³ Süzek (n 7) 908; Erdem Özdemir (n 5) 65-66.

¹⁴ Önel (n 9) 199-200; Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12.

¹⁵ Fahrettin Korkmaz ve Nihat Seyhun Alp, *Bireysel İş Hukuku* (3. bs. Seçkin Yayıncılık 2016) 314.

¹⁶ E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (13. bs. Yetkin Yayınevi 2023) 347-349.

talığı açısından tehlike arz eden ve risk altında olan işçiler yasal şartların varlığı halinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmektedir.¹⁷

B. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

İnsani çalışma koşullarının sağlanması işçilerin en temel haklarından. Bu nedenle çalışma koşullarının insani olmaması halinde işçilerin iş görmekten kaçınma hakkı bulunmaktadır. İnsani değerlerle örtüşmeyen çalışma koşulları altında işçilerin iş görme borcunu ifaya zorlanması söz konusu değildir.¹⁸

İnsani olmayan çalışma koşullarının olduğu bir ortamda insanların çalışmaya zorlanması birçok olumsuzluğa da davetiye çıkartmaktadır. Bu nedenle iş kazalarının ve meslek hastalıklarının yaşanması, buna bağlı olarak ölümlerin hatta yaralanmaların yaşanması mümkündür. Dolayısıyla iş kazası veya meslek hastalığı açısından risk ve tehlike içeren çalışma ortamında işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır.¹⁹

Kavramsal açıdan çalışmaktan kaçınma hakkı, işçinin sağlığını ve güvenliğini tehdit eden ciddi ve yakın bir tehlikenin çalışma ortamında bulunması halinde, çalışmaya elverişli bir ortam hazırlanıp, tehlikeler bertaraf edilinceye kadar işçinin çalışmama iradesi gösterebildiği bir haktır.²⁰ Ayrıca işçinin sağlığını ve güvenliğini tehdit eden ciddi ve yakın bir tehlike nedeniyle çalışma alanını terk ettiği için kendisine tanınan yasal haklarında bir kısıtlamaya gidilmesi söz konusu olmamaktadır.²¹

C. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE TÜRK MEVZUATI AÇISINDAN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

1. Uluslararası Düzenlemelerde Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Gerek ulusal, gerek uluslararası düzenlemelerde işçileri koruyucu, iş sağlığı ve güvenliğini temel alan, işçilerin insani koşullarda çalışması, emek-ücret dengesinin sağlanması, riskten ve tehlikeden arındırılmış bir ortamda işçilerin çalıştırılması, işverenin işçilerin sağlığını ve güvenliğini koruması amacıyla birçok düzenleme bulunmaktadır.²² Bu amaç doğrultusunda doğrudan ya da dolaylı olarak işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı bahşeden birçok uluslararası düzenleme yapılmıştır. Bu

¹⁷ Süzek (n 7) 845; Gaye Baycık 'Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri' (2011) 60 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 248-250.

¹⁸ Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, *İş Hukuku* (19. bs. Beta Yayıncılık 2016) 94; Hande Albayrak Gül, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 38-29.

¹⁹ Süzek (n 7) 845; Önoğlu (n 9) 202-203.

²⁰ Önoğlu (n 9) 201-202; İnciroğlu (n 2) 810-911.

²¹ Mesut Cemil İşler 'Uluslararası Kaynaklar ve 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu' (2014) 2 [2] ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi 58, 61; Albayrak Gül (n 18) 7-9.

²² Efe Yamakoğlu, *İşverenin İşyeri Hekimi İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü* (1. bs. Seçkin Yayıncılık 2016) 76.

düzenlemelerin bir kısmı, işçilerin sağlıklı ve güvenli bir ortamda, insani koşullar altında çalışmasını düzenlerken dolaylı olarak işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkına işaret etmişken, kimi metinlerde ise doğrudan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir.²³ Bu doğrultuda gerek iş yaşamını, gerek toplumsal yaşamı ilgilendiren insani değerler üzerine esas alan Birleşmiş Milletler Örgütü²⁴ tarafından düzenlenen metinlerde de çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili düzenlemelerin yapıldığını söylemek mümkündür.²⁵ Örneğin Örgüt tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen²⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesinde herkesin yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği hakkına sahip olduğu, yine 23. maddede de herkesin çalışma, işini özgürce seçebilme, adil ve elverişli koşullar içinde çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.²⁷ Her iki hüküm birlikte ele alındığında kişilerin güven içinde ve elverişli koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğu görülmektedir. O halde kişinin kendini güvende hissetmediği, elverişli koşulların olmadığı bir ortamda çalışmaktan kaçınabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca Örgüt, özel olarak iş sağlığı ve güvenliği alanında da birçok sözleşme imzalamış, böylelikle işçilerin daha güvenli bir ortamda çalışmalarını ve işçilerin daha sağlıklı bir yaşam sürmelerini amaçlamıştır.²⁸

Bununla birlikte Avrupa Konseyi²⁹ tarafından da çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilişkili birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bilhassa 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 18 Ekim 1960 tarihli Avrupa Sosyal Şartı çalışma şartlarına ilişkin önemli düzenlemeler getirmiş ve insani değerler esas alınmıştır.³⁰ Hemen belirtelim ki, bu metinler hemen hemen her alanda insan hak ve özgür-

²³ İnciroğlu (n 2) 810; Önel (n 9) 209-210; Albayrak Gül (n 18) 10-12.

²⁴ Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E.Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku* (6. bs. Gazi Kitabevi 2013) 21: Uluslararası barışı ve adaleti sağlamak üzere 26 Haziran 1945'te Birleşmiş Milletler Örgütü kurulmuştur. Böylelikle küresel sorunlara ve temel hak ve özgürlüklere etki eden meselelere ilişkin çözüm önerilerinin getirilmesi ve uluslararası barışın ve adaletin geliştirilmesi amaçlanmıştır.

²⁵ Önel (n 9) 210; İnciroğlu (n 2) 810-811.

²⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilmiş, Türk tarafından da 06.04.1949 tarihinde de onaylanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sosyal ve toplumsal yönü bulunan birçok konu ele alınmakla birlikte, işçiler de göz ardı edilmemiş ve işçi haklarını koruyan ve tanıyan birçok düzenleme yapılmıştır.

²⁷ <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim Tarihi: 14. 07.2023).

²⁸ Yamakoğlu (n 22) 76; Korkmaz ve Alp (n 15) 52-63.

²⁹ 05.05.1949 tarihinde kurulan Avrupa Konseyi, uluslararası düzeyde yaşanan sorunlara duyarsız kalmamış ve birçok önemli meseleyi ele almıştır. Bu amaç doğrultusunda konsey birçok sözleşme kabul etmiş ve bu sözleşmeler birçok ülke tarafından kabul edilmiştir. Bilhassa 04.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 18.10.1960 tarihli Avrupa Sosyal Şartı etkileri ve sonuçları bakımından uluslararası alanda önemli yer tutmuştur.

³⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu, *Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (6. bs. Lykeion Yayınları 2022) 121-123.



lüklerine büyük önem atfetmiştir.³¹ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi³² 2. maddesinde herkesin yaşama hakkına sahip olduğu, 3. maddesinde herkesin kendi bedensel ve ruhsal bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, 4. maddesinde ise zorla çalışma yasaklanmış, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı veya mecburi çalışmaya tabi tutulmayacağı hükme bağlanmıştır.³³ Böylelikle insani çalışma koşullarının sağlanması amaçlanmıştır³⁴ Yine Türkiye tarafından da onaylanan³⁵ Avrupa Sosyal Şartı'nda işçilere yönelik önemli düzenlemeler getirilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinde herkesin çalışma hakkına sahip olduğu, 2. maddesinde tüm çalışanların adil çalışma koşullarından yararlanma hakkına sahip olduğu, 3. maddesinde tüm çalışanların sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Bunun yanında diğer maddelerde de doğrudan veya dolaylı olarak iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren düzenlemeler getirilmiştir.³⁶ Böylelikle iş sağlığı ve güvenliğine özel önem verilmiştir.³⁷ İşçilerin sağlık ve güven içinde elverişli bir ortamda çalıştırılması amaçlanmıştır.³⁸

2. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Normları

İşçilere yönelik münhasıran çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin düzenlemeler Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kurulması ile yapılmıştır.³⁹ ILO, 1949 yılında Versay Barış Antlaşması ile kurulmuş, bu tarihten itibaren, insan haklarının korunması, işçi haklarının kısıtlanmaması, yaşama ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi gibi birçok konuda öncülük etmiştir.⁴⁰ ILO'nun çalışma yaşamını ilgilendiren hemen hemen her konuda yol gösterici bir misyonu olmuştur.⁴¹ Zira ILO icra ettiği yasama faaliyetleri ile uluslararası çalışma normlarının belirlenmesinde söz sahibi olan öncü bir kusurum vasfını kazanmıştır. ILO çatısı altında hareket eden Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından hazırlanan ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları uluslararası alanda temel kaynak olarak kabul görmüştür.⁴²

³¹ Naz Çavuşoğlu 'Klasik İnsan Hakları Anlayışı Değişirken Avrupa Sosyal Şart' (1993) [3-4-5] İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 110, 112.

³² Türkiye, 10.03.1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylayarak kendi iç hukuk sistemine monte etmiştir.

³³ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG (Erişim Tarihi: 12.06.2023).

³⁴ Korkmaz ve Alp (n 15) 52-53.

³⁵ Türkiye, 16.06.1989'da bazı maddelerde çekimser kalmak şartıyla Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamıştır.

³⁶ <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3678.pdf> (Erişim Tarihi: 11.07.2023).

³⁷ Önoğlu (n 9) 201.

³⁸ Korkmaz ve Alp (n 15) 52-53.

³⁹ Önoğlu (n 9) 202; İnciroğlu (n 2) 810.

⁴⁰ Aktay, Arıcı ve Kaplan (n 24) 19-20.

⁴¹ İnciroğlu (n 2) 810; Önoğlu (n 9) 202-203.

⁴² Süzek (n 7) 100; Şen (n 1) 130.

ILO, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, iş kazalarına yönelik koruyucu ve önleyici tedbirlerin alınması, çalışma ortamının riskten arındırılması, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi, işçilerin mesleki risklere karşı korunması gibi birçok meseleyi ele almakla birlikte, çalışma şartlarının düzeltilmesi, işçilerin daha sağlıklı olması ve güven içinde çalışması gibi konulara da eğilmiştir.⁴³ Ayrıca ILO tarafından kaleme alınan sözleşmelerde tüm sektörlerde işçilerin sağlığı güvenliği ve çalışma şartları ile ilgili düzenlemeler getirilmiş, daha fazla risk ve tehlike içeren sektörlerde risklerin ve tehlikelerin nasıl bertaraf edilebileceği ve hangi yöntemlerin izlenmesi gerektiği belirlenmiştir.⁴⁴

ILO, uluslararası camiada iş hukukunun gelişiminde büyük katkı sağlayarak, iş hukukuna ilişkin temel esasları ortaya koymuştur. Bu nedenle ILO'nun özel olarak çalışmaktan kaçınma hakkını düzenlemesi, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilirliği ve uygulanması açısından büyük fayda sağlamıştır.⁴⁵

Çalışmaktan kaçınma hakkı, 3 Haziran 1981 tarihli 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi⁴⁶ ile düzenlenmiştir.⁴⁷ 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi Türk tarafından da 07.01.2004 tarihli ve 5038 sayılı Kanunla onaylamıştır.⁴⁸ 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile benzer şekilde Türk'nde de çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.⁴⁹ Genel olarak ILO Sözleşmeleri Türk'nde iş hukuku mevzuatının şekillenmesinde önemli bir rol oynamıştır.⁵⁰ Özellikle Türk'nde iş sağlığı ve güvenliğine dönük düzenlemelerde ILO Sözleşmeleri yol gösterici olmuştur.⁵¹ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun hazırlanış sürecinde de ILO Söz-

⁴³ Murat Kökten ve Özen Avcıncı '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşveren Yükümlülükleri ve Tekstil Sektörü Açısından Bir Bakış' (2014) 21 [93] Tekstil ve Mühendis Dergisi 35, 36; Yamakoğlu (n 22) 77.

⁴⁴ Murat Şen, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı Tarihsel Gelişim ve Dayanakları', (2015) 4 [1] MÜHFD 130-131; Süzek (n 7) 965-967.

⁴⁵ Öno (n 9) 202; Kökten ve Avcıncı (n 43) 36-37.

⁴⁶ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index. h tm (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

⁴⁷ 155 sayılı ILO Sözleşmesi'nde temel gaye çalışanların sağlığını ve güvenliğini korumak olmuştur. Bu alanda ILO tarafından kabul edilen en önemli sözleşmelerden biri 155 sayılı Sözleşme olmuştur. 155 sayılı Sözleşme, genel olarak tüm çalışanları kapsar nitelikte düzenlemeler getirmiştir. Keza kamu hizmetlerini de içine alacak şekilde tüm kollarda sözleşmenin uygulanması hedeflenmiştir.

⁴⁸ RG: Tarih: 13.01.2004/25345.

⁴⁹ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. bs. Beta Yayınları 2023) 445-447.

⁵⁰ Resul Kurt, *Herkes İçin İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi* (2. bs. Seçkin Yayıncılık 2015) 14-15.

⁵¹ Fatih Yılmaz '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Önleyici Yaklaşım ve İşverenin Yükümlülükler' (2013) 24 [6] TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 56-58.



leşmelerinin büyük etkisi⁵² olmuştur.⁵³ Çalışmaktan kaçınma hakkı 155 sayılı ILO Sözleşmesinin 13. maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁴ Söz konusu hükme göre, sağlığı ve yaşamı için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır.⁵⁵ Böylelikle ciddi ve yakın bir tehlikenin zuhur etmesi halinde çalışanların iş görmekten kaçınabileceği, işçilerin böyle yakın ve ciddi bir tehlike nedeniyle işten uzaklaştıklarında makul bir gerekçenin söz konusu olacağı, işçiler bu sebeple işten uzaklaşmaları halinde işçilere yönelik koruyucu bir mekanizmanın oluşturulması ve bu yöndeki uygulamaların geliştirilmesi amaçlanmıştır.⁵⁶ Böylelikle işçilerin sağlığının korunması ve güvenliğinin sağlanması temel bir gaye olmuştur.⁵⁷

155 sayılı ILO Sözleşmesi'nde sağlığı ve güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan çalışanların işi terk ederek önceden belirlenmiş güvenli bir bölgeye derhal intikal etmesi gerektiği ve bu nedenle işçilerin herhangi bir hak kaybı olmayacağı düzenlenmiştir.⁵⁸ Ayrıca işçilerin sağlığı ve güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlikenin zuhur etmesi halinde, işçilerin bu tehlikeyi işverene bildirmesi üzerine işverenin işçilerin sağlığı ve güvenliği için bu ciddi ve yakın tehlike ortadan kalkmadan işçileri çalışma alanına dönmeye zorlayamayacağı, bu yönde bir talepte bulunamayacağı, işçilerin bu tehlike ortadan kalkana kadar çalışmadan bekleyebileceği, işçilerin bu hakkına bir kısıtlama getirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.⁵⁹

155 sayılı ILO Sözleşmesi dışında, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin başka sözleşmeler de ILO tarafından kabul edilmiş bu sözleşmelerde de çalışmaktan kaçınma hakkına yer verilmiştir.⁶⁰ Örneğin 20 Haziran 1988 tarihinde kabul edilen ILO'nun 167 sayılı İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi'nde de çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Sözleşmenin 12. maddesinde, önceden işveren veya işveren vekiline bildirmek kaydıyla inşaat işyerlerinde işçilerin sağlığını ve güvenliğini ciddi ve yakın şekilde tehlikeye sokabilecek risklerin varlığı halinde işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir.⁶¹ Böylelikle münhasıran inşaat işçilerine iş sağlığı ve güvenliğine yönelik bir koruma

⁵² Kökten ve Avinç (n 43) 36.

⁵³ Bu başlık altında uluslararası düzenlemeler incelendiği için Türk mevzuatında yapılan düzenlemeler ele alınmamıştır. Daha sonra "Ulusal Düzenlemelerde Çalışmaktan Kaçınma Hakkı" başlığı altında Türk mevzuatında yapılan düzenlemeler detaylı şekilde ele alınacaktır.

⁵⁴ ILO C. 155, Art. 13.

⁵⁵ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

⁵⁶ Önel (n 9) 202.

⁵⁷ Şen (n 1) 130-132.

⁵⁸ İşler (21) 58-61.

⁵⁹ ILO C. 155, Art. 19.

⁶⁰ Kökten ve Avinç (n 43) 36

⁶¹ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377308/lang--tr/index.htm (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

getirilmesi amaçlanmış ve iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından inşaat işverenine yükümlülük yüklenmiştir.⁶² Görüldüğü üzere ILO, doğrudan bir sektöre yönelik özel düzenlemeler yaparak veya tüm işçileri ilgilendiren genel düzenlemeler yaparak, birçok alanda işçilere yönelik koruyucu düzenlemeler getirmiştir.⁶³

3. Avrupa Birliği (AB) Direktifleri

Uluslararası alanda iş güvenliğinin sağlanması, çalışan sağlığının gözetilmesi, çalışma şartlarının iyileştirilmesi, işçilerin tehlikelere karşı korunması gibi konularda AB Direktifleri önemli düzenlemeler getirmiştir.⁶⁴ O nedenle AB Direktifleri iş sağlığı ve güvenliği açısından yadsınamaz bir öneme haiz olmuştur. Bu açıdan ilk olarak AB tarafından hazırlanan Çalışanların Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartı dikkat çekmektedir.⁶⁵ Keza Çalışanların Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartı ile çalışanların sağlık ve güven içinde olduğu bir çalışma ortamının sağlanması, işyerlerinde çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve çalışan sağlığını ve güvenliğini tehdit eden risklere yönelik gerekli tedbirlerin alınması amaçlanmıştır.⁶⁶ Ayrıca AB tarafından kabul edilen İşyerlerinde Sağlık ve Güvenliğin Geliştirilmesine İlişkin Önlemler Hakkında 89/391 sayılı Çerçeve Direktif'te de iş sağlığı ve güvenliğine yönelik düzenlemeler getirilmiştir.⁶⁷ Böylelikle iş sağlığı ve güvenliğine yönelik asgari standartlar getirilerek, bu standartların üye ülkelerde uygulanması amaçlanmıştır.⁶⁸ Söz konusu Direktifin 8. maddesinde çalışmaktan kaçınma hakkına da vurgu yapılmıştır. Buna göre yakın, ciddi ve kaçınılmaz bir tehlikenin kendisini göstermesi halinde, çalışanın o işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk edebileceği, o işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk etmesi nedeniyle çalışanın haklarında bir kısıtlamaya gidilemeyeceği, üye ülkelerinde bu konuda üzerlerine düşen vazifeleri yapmakla yükümlü olduğu, gerekli yasal düzenlemeleri yapmaları gerektiği hükme bağlanmıştır.⁶⁹

Türk mevzuatında da bu doğrultuda hareket edilmiş ve AB normları çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir.⁷⁰ Buna göre AB normları çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkı, ciddi, yakın ve hayati bir tehlike ile karşılaşan çalışanın

⁶² Baycık (n 17) 248-250.

⁶³ Süzek (n 7) 965-967.

⁶⁴ Önel (n 9) 204.

⁶⁵ <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/community-charter-of-fundamental-social-rights-of-workers.html> (Erişim Tarihi: 23.06.2023).

⁶⁶ Ali Güzel 'Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı' 1992 6 [3] Çimento İşveren, 17, 19.

⁶⁷ Yamakoğlu (n 22) 78.

⁶⁸ Kökten ve Avınç (n 43) 36.

⁶⁹ <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-frameworkdirective/1#:~:text=The%20aim%20of%20this%20Directive,or%20certain%20civil%20protection%20services.> (Erişim Tarihi: 22.07.2023).

⁷⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 445-447.



haklarında herhangi bir kısıtlama olmaksızın çalışmayı bırakmasıdır.⁷¹ Belirtmek gerekir ki AB Direktifleri, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin oluşturulması, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik tedbirlerin alınması ve alınan bu tedbirlerin uygulanması açısından önemli düzenlemeler getirmiştir.⁷² Ayrıca çalışma konumuz olan çalışmaktan kaçınma hakkı da AB Direktiflerinde yer almıştır. Bununla birlikte AB Direktifleri'nin Türk mevzuatı üzerinde de belirgin bir etkisi olmuştur.⁷³ Nitekim 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kahir ekseriyetinde 89/391 sayılı AB Direktifinin izlerini görmek mümkündür.⁷⁴

D. TÜRK MEVZUATINDA ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

Türk mevzuatında da Anayasa'nın öncülüğünde çalışanları koruyucu, elverişli çalışma şartlarının sağlandığı, çalışan sağlığının ve güvenliğinin oluşturulduğu bir çalışma ortamının sağlanması amaçlanmıştır.⁷⁵ Örneğin Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrasında "özel teşebbüslerin....güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almak zorundadır" denilmek suretiyle devlete çalışanların güven içinde çalışmasını sağlamak üzere görev verilmiştir. Zira devletin de iş sağlığı ve güvenliğini sağlama ve gerekli adımları atma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁷⁶ O nedenle Anayasa'nın 48. maddesinde yapılan bu düzenleme ile yetinilmemiş, Anayasa'nın 49. maddesinde de bir düzenleme getirilmiştir. Anayasa'nın 49. maddesinde de devletin çalışanları korumak üzere gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu düzenlenmiş, böylelikle anayasal düzeyde çalışanlara bir koruma getirilmiş ve bu durum anayasal bir hak olarak görülmüştür.⁷⁷ Zira çalışma hakkı, kapsamında her bireyin insan onuruna yakışır gelir karşılığında istediği işte çalışarak, yaşamını sürdürmesini teminat altına alan temel bir haktır.⁷⁸ Ayrıca çalışma hakkı kapsamında çalışma ortamının da çalışmaya elverişli olması gerekmektedir.⁷⁹ O halde çalışma ortamının çalışmak için hazır hale getirilmesi ve çalışan sağlığını ve güvenliğini tehdit eden tehlikelerin belirlenerek imha edilmesi beklenir. Çalışmak için uygun koşulların bulunmaması halinde işçilerin çalışmaktan kaçınması mümkün olacaktır. Aksi tak-

⁷¹ Yılmaz (n 51) 58-59.

⁷² Cem Baloğlu 'Avrupa Birliği'nde İş Sağlığı ve Güvenliği Politikaları' (2015) 14 [2] Kamu İş 103-104.

⁷³ Güzel (n 66) 19.

⁷⁴ Gaye Baycık 'Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler' (2015) 3 [0] Ankara Barosu Dergisi 115, 117: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun birçok hükmü AB 89/391 EKC sayılı Direktifi hükümleri çerçevesinde düzenlenmiştir.

⁷⁵ Şen (n 1) 148-150.

⁷⁶ Zeynep Gönül Balkır 'İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu' (2012) 2 [1] Sosyal Güvenlik Dergisi 57, 59.

⁷⁷ Önel (n 9) 205.

⁷⁸ Pir Ali Kaya 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı. Sosyal' (2016) 0 [76] Siyaset Konferansları 61, 62.

⁷⁹ Şen (n 1) 148-149.

dirde işçilerin sağlığının ve güvenliğinin zarar görme ihtimali ortaya çıkacaktır.⁸⁰

Türk mevzuatında, çalışmaktan kaçınma hakkına doğrudan etki edebilecek düzenlemeler bulunmakla birlikte dolaylı olarak etki edebilecek düzenlemeler de bulunmaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda çalışmaktan kaçınma hakkı yer almakla birlikte, gerek söz konusu kanunun diğer birçok maddesinde, gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nda, gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda çalışmaktan kaçınma hakkını ilgilendiren düzenlemeler bulunmaktadır.

1. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

155 sayılı ILO Sözleşmesi ve 89/391 sayılı AB Direktifi doğrultusunda iş mevzuatında da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.⁸¹ İlk olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁸² 77. maddesi ile 89. maddesi arasında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca doğrudan iş sağlığı ve güvenliğini ele almamakla birlikte iş sağlığı ve güvenliğine dolaylı etkisi olan İş K.'nin 91. maddesi ile 97. maddesi arasında denetim ve teftişe ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir. Ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun denetim ve teftişi düzenleyen hükümleri dışında, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri yürürlükten kalkmıştır. Böylelikle çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen hüküm de yürürlükten kalkmıştır. Zira çalışmaktan kaçınma hakkı İş K.'nin 83. maddesinde düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde işyerinde acil, hayati ve yakın bir tehlike ile karşılaşan işçilerin kanunda gösterilen şartların varlığı halinde çalışmaktan kaçınabileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca İş K.'nin 83. maddesinin gerekçesinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, her an iş sağlığı ve güvenliğini tehdit edebilecek risklerin ortaya çıkma ihtimali olan çalışma ortamında işçilerin çalışmaya zorlanamayacağı, bu durumda işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir.⁸³ Böylelikle İş Kanunu'nda çalışmaktan kaçınma hakkı da dahil olmak üzere iş sağlığı ve güvenliği açısından uluslararası normlar çerçevesinde hareket edilmiştir.⁸⁴ Ancak, 6331 sayılı İSGK'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte iş sağlığı ve güvenliği alanında daha kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir. Zira çalışma yaşamında ortaya çıkan değişim ve yenilikler neticesinde İş Kanunu günün ihtiyaçlarını karşılama noktasında yetersiz kalmıştır.⁸⁵

⁸⁰ İşler (n 21) 60-61.

⁸¹ Önel (n 9) 205.

⁸² RG: Tarih: 10.06.2003/25134.

⁸³ <https://www.turkhukuk sitesi.com/mevzuat.php?mid=1253>.

⁸⁴ İnciroğlu (n 2) 810.

⁸⁵ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü. İşyerleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Çalışma Rehberi, ÇSGB, 2016, s. 11-12.



2. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İş sağlığı ve güvenliği alanında oluşan ihtiyaçları karşılamak üzere ILO Normları ve AB Direktifleri doğrultusunda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa yönelik çalışmalar başlamıştır.⁸⁶ Özellikle 155 sayılı ve 161 sayılı ILO Sözleşmeleri ile 89/391 sayılı AB Direktifi, İSGK'yi büyük ölçüde etkilemiştir.⁸⁷ Çalışmaların tamamlanması ile birlikte, 30 Haziran 2012'de İSGK yürürlüğe girmiştir.⁸⁸

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, önleyici ve koruyucu bir anlayış benimsenmiştir. İş sağlığı ve güvenliği sisteminin de bu anlayış üzerine bina edilmesi amaçlanmıştır.⁸⁹ Buna göre henüz iş kazası ve meslek hastalığı yaşanmadan önceki evrede en baştan önleyici bir sistemin kurulması ve ona göre tedbirlerin alınması gerektiği düşüncesi esas alınmıştır.⁹⁰

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun temeli, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlaması ve işçileri koruması gerektiği anlayışına dayanmaktadır. Böylelikle işverenin koruma ve gözetme yükümlülüğü esas alınmıştır.⁹¹ Keza işveren, işçinin beden bütünlüğünü ve sağlığını korumak adına azami dikkat ve özen göstermek ve tehlikeleri kaynağında yok etmek ile yükümlüdür.⁹² O halde işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, iş sağlığı ve güvenliği ile yakın ilişki içinde olan bir borçtur. Koruma ve gözetme borcunun bir gereği olarak işveren, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmekle mükelleftir.⁹³ O nedenle işverenin çalışma ortamını düzenli olarak gözetmesi, sürekli değişim ve gelişim içinde olan riskleri tespit etmesi ve tüm önlemleri alması gerekmektedir.⁹⁴ Dolayısıyla işveren her daim çalışma ortamını denetim altında tutmakla yükümlüdür.⁹⁵

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, genel manada işçilerin bir tehlikeye maruz kalmaması ve risk altında olmaması için işverene bazı yükümlülükler yüklemiştir. Ayrıca işveren iş sağlığı ve güvenliğini sağlamanın yanında alınan ve alınması gereken tedbirler hakkında işçileri bilgilendirmek, her ne şart altında olursa olsun iş sağlığı ve güvenliğini oluşturmak, iş sağlığı ve güvenliği kurallarını uygulamak üzere işvereni yükümlü kılmıştır.⁹⁶

İSGK'nin birçok maddesinde çalışanların risklere karşı korunması, iş sağlığı ve

⁸⁶ Baycık (n 74) 116-118.

⁸⁷ Kökten ve Avinç (n 43) 36.

⁸⁸ RG: Tarih: 30.06.2012/28339.

⁸⁹ Yılmaz (n 51) 46.-47.

⁹⁰ Şen (n 1) 128.

⁹¹ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 4) 366; Şen (n 1) 136.

⁹² Sümer (n 1) 105; Süzek (n 7) 907-908; Baybora (n 6) 10-11; Özveri (n 7) 84.

⁹³ Alper ve Kılış (n 8) 68; Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12.

⁹⁴ Selek (n 9) 327.

⁹⁵ Erdem Özdemir (n 5) 60.

⁹⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü ILO Türkiye Ofisi, s. 69.

güvenliğinin sağlanması açısından çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu şekilde işçilerin sağlığının ve güvenliğinin korunması açısından işverene çeşitli mükellefiyetler getirilmiştir.⁹⁷ Örneğin İSGK, işverene işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlamak üzere genel yükümlülükler getirmiş, işverenin uymakla yükümlü olduğu temel ilkeleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik risklerin bertaraf edilmesi açısından da işverene yükümlülükler getirilmiş ve işverenin risk değerlendirmesi yapması ya da yaptırması zorunlu tutulmuştur. Bilhassa yapılacak veya yaptırılacak risk değerlendirmelerinde çalışanların ön planda tutulması hedeflenmiştir. Yine işveren çalışanlara sağlık gözetimi yapmakla yükümlü tutulmuştur. İşverene getirilen bu yükümlülüklerle çalışanların riskten arındırılmış ve tehlikeden uzak bir ortamda çalışması amaçlanmıştır.⁹⁸ Bunun için temel sorumluluklar işverene yüklenmiştir.⁹⁹ Ancak kanun koyucu bununla da yetinmemiş, belli şartlar altında işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı¹⁰⁰ da tanımıştır.

E. ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki temellerini 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda aramak mümkün bulunmaktadır.

Çalışmaktan kaçınma hakkı, İSGK'nin 13. maddesinde düzenlenmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmeden önce de çalışmaktan kaçınma hakkı İşK.'nin 83. maddesinde düzenlenmekteydi. İSGK'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin bazı değişiklikler de yapılmıştır.¹⁰¹ Keza İş K. m.83'te çalışmaktan kaçınma hakkının olabilmesi için tehlikenin "yakın, acil ve hayati" olması koşulu aranırken, İSGK m. 13'de tehlikenin "ciddi ve yakın" olması gerektiği koşulu aranmıştır. Böylelikle yeni düzenleme ile birlikte tehlikenin acil ve hayati olması yerine ciddi olması gerektiği koşulu aranmıştır. Bu değişiklik isabetli görülmüş ve ciddi tehlikenin zaten acil ve hayati bir tehlike olması gerektiği, çalışanın hayatını tehdit eden ve hemen müdahaleyi gerektirecek boyutta bir tehlikenin olmaması halinde işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağı ifade edilmiştir.¹⁰²

İSGK. m. 13 hükmüne göre çalışanlar ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları anda, o alanı terk ederek İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna, İş Sağlığı ve Güvenliği kurulunun olmadığı yerlerde ise işverene başvurarak tehlikenin tespit edilmesini ya da tehlikenin bertaraf edilmesini talep etme hakkına sahip bulunmaktadır. İşveren de ciddi ve yakın bir tehlike anında tehlike ile karşılaşabilecek tüm çalışanlarını,

⁹⁷ Akpınar (n 2) 261.

⁹⁸ Yargıtay HGK, T.09.10.2013, E.2013/21-102, K.2013/1456, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 09.12.2022).

⁹⁹ Süzek (n 7) 908; Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12; Erdem Özdemir (n 5) 65-66; Günay (n 1) 1281.

¹⁰⁰ İşçilerin çalışmaktan kaçınabilmesi için aranan şartlar "Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Şartları" başlığı altında kapsamlı şekilde ele alınacaktır.

¹⁰¹ <https://www.turkhukuksitesi.com/mevzuat.php?mid=1253> (Erişim Tarihi: 22.07.2023).

¹⁰² Süzek (n 7) 910-912.



mevcut tehlikelere karşı alınan ve alınacak önlemler hakkında bilgilendirme yükümlülüğü altındadır.¹⁰³

İşveren işçinin hayatını ve sağlığını tehdit eden riskleri bertaraf ederek, işçinin hayatına ve sağlığına zarar verebilecek tehlikelere yönelik gerekli her türlü tedbirin alındığı bir çalışma ortamını sağlamakla yükümlüdür.¹⁰⁴

Türk mevzuatında çalışmaktan kaçınma hakkına etki edebilecek düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme, çalışmaktan kaçınma hakkına da etki edebilecek niteliktedir.

Söz konusu hükmünde işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine yönelik her türlü önlemi almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna göre işveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve vücut bütünlüğünü tehdit edebilecek tüm tehlikeleri önlemeye yönelik gerekli bütün önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur.¹⁰⁵ Böylelikle işçinin sağlığını ve yaşamını tehlikeye düşürebilecek tüm tehlikeleri işverenin bertaraf ettiği, mevcut ya da muhtemel tehlikelere karşı gerekli önlemlerin alındığı bir çalışma ortamının oluşturulması ve elverişli çalışma şartlarının sağlanması amaçlanmıştır.¹⁰⁶ Ancak işveren işçilerin sağlığı ve yaşamı için gerekli tedbirleri alırken de işyerinin yapısını, işin özelliklerini ve teknik imkanları da göz önünde bulundurma mecburiyeti vardır.¹⁰⁷

F. ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKININ ŞARTLARI

1. Çalışanın Ciddi ve Yakın Bir Tehlike İle Karşılaşması

Çalışanların her durumda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları mümkün değildir. Öncelikli olarak çalışanların ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşması gerekmektedir. Söz konusu tehlikenin vahametine bağlı olarak çalışanların sağlığı ve güvenliği tehlikeye girmelidir.¹⁰⁸

Türk mevzuatında ciddi ve yakın tehlikenin ne olduğu tanımlanmamıştır. Öğretiye göre tehlikenin ciddi olması, tehlikenin işçinin sağlığına ve hayatına zarar verebilecek ağırlıkta bir tehlike olmasıdır.¹⁰⁹ Tehlikenin yakın olması ise, tehlike henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte, çok kısa süre içinde gerçekleşme potansiyeli-

¹⁰³ İlknur Kılıkış 'İş Sağlığı ve Güvenliği'nde Yeni Dönem:6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu' (2013) 15 [1] 27, 29.

¹⁰⁴ Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12.

¹⁰⁵ Süzek (n 7) 908; Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12.

¹⁰⁶ Erdem Özdemir (n 5) 65-66.

¹⁰⁷ Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (2. bs Yetkin Yayınları 2015) 1281.

¹⁰⁸ İnciroğlu (n 2) 114; Seracettin Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (1. bs. Yetkin Yayınları 2008) 221-222.

¹⁰⁹ Süzek (n 7) 910-912; Hatice Karacan Çetin '4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı' (2007) 5 [Özel Sayı] İstanbul Barosu Dergisi 217, 219.

linin olmasıdır.¹¹⁰ Tehlikenin bu boyutta olması halinde tehlike “ciddi ve yakın” bir tehlike olmaktadır ve çalışmaktan kaçınmanın ilk şartı gerçekleşmiş olmaktadır.¹¹¹

Bu doğrultuda şöyle bir sonuca varmak mümkündür. Ciddi tehlike iş kazasına sebebiyet vererek çalışanı beden ve ruhen zarara uğratacak nitelikte bir tehlike iken; yakın tehlike ise, yakın bir dönemde muhtemelen gerçekleşecek bir tehlikedir.¹¹² O halde ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde işçinin sağlığına ve yaşamına yönelik ileride istenmeyen kötü olayların yaşanması ve telafisi güç zararların ortaya çıkması mümkün olmaktadır.¹¹³ Örneğin elektrik tesisatında sürekli kısa devre olan bir işyerinde çalışan işçiler ciddi ve yakın tehlike altındadır. Zira sürekli elektrik kaçağı olan işyerinde buna bağlı olarak bir kazanın yaşanması kuvvetle muhtemeldir.¹¹⁴ Yine inşaat kazanının ısı seviyesinin çok yükselmesi, inşaat asansörünün halatlarının incelenmesi, maden ocağında gaz basıncının artması gibi durumlarda da ciddi ve yakın tehlikenin olduğunu söylemek mümkündür.¹¹⁵ Özellikle inşaat ve maden sektörünün özelliği dolayısıyla riskli ve tehlikeli olması nedeniyle bu sektörlerde daha dikkatli olunması ve sürekli denetimlerin yapılması gerekmektedir.¹¹⁶ Aksi halde tehlikenin kaza boyutuna geçmesi kaçınılmaz hale gelecektir.¹¹⁷ Kanaatimizce özelliği itibarıyla daha tehlikeli olan iş kolları açısından “ciddi ve yakın tehlike” kıstasının çok katı bir şekilde uygulanmaması yerinde olacaktır. Zira özelliği dolayısıyla tehlikeli iş sahalarında her an zarar verici bir olayın yaşanması mümkündür. Ayrıca bu tür işyerlerinde bir kaza olduğunda daha yıkıcı ve yıpratıcı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Anlaşılabacağı üzere işçilerin çalışmaktan kaçınabilmesi için söz konusu tehlikenin işçinin sağlığı ve yaşamı için ciddi ve yakın bir tehlike olması gerekmektedir. Gerçekten de ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkündür.¹¹⁸ Kanaatimizce “ciddi ve yakın tehlike” kıstası isabetlidir. Aksi takdirde en ufak bir tehlike şüphesi ile işçinin çalışmaktan kaçınması üretimi sektöre uğratabilir, iş akışını ve iş verimliliğini baltalayabilir. Kanun koyucunun getirdiği “ciddi ve yakın tehlike” kıstasının göz ardı edilmemesi gerekir. Ancak, “ciddi ve yakın tehlike” kıstası bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir.¹¹⁹ Zira ciddi ve yakın tehlikenin, ciddi veya yakın tehlike olarak kabul edilip edile-

¹¹⁰ Önol (n 9) 207.

¹¹¹ Süzek (n 7) 845; Göktaş (n 108) 222-223.

¹¹² Recep Güner ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı’ (2016) [38] İSMMM 257, 259.

¹¹³ İşler (n 43) 60-62; Karacan Çetin (n 109) 218-219.

¹¹⁴ İnciroğlu (n 2) 814.

¹¹⁵ Önol (n 9) 207; Göktaş (n 108) 221-222.

¹¹⁶ Baycık (n 74) 248-250.

¹¹⁷ Selek (n 7) 259.

¹¹⁸ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index .htm (Erişim Tarihi: 13.08.2022)

¹¹⁹ İşler (n 43) 62-63; Karacan Çetin (n 109) 216-218.



meyeceği tartışılmıştır. Öğretide genel olarak “ciddi ve yakın tehlike” ifadesinde “ve” bağlacının geçmesi dolayısıyla ciddi tehlikenin ve yakın tehlikenin ikisinin de bir arada olması gerektiği kabul görmüştür.¹²⁰ Öğretide bir görüş “ciddi ve yakın tehlike” ifadesinden acil tehlikenin anlaşılması gerektiğini, tehlike açısından acil olma kriteri olsaydı, kanun koyucunun bunu belirteceğini ifade etmiştir.¹²¹ Kanaatimizce bu görüşün haklılık payı vardır. Zira meslek hastalığı nedeniyle her zaman acil tehlike söz konusu olmayıp, daha sonradan da meslek hastalığının tehlikeleri görülebilmektedir.¹²² Burada önemli olan işçinin işe devam etmesinin işçinin sağlığı ve yaşamı açısından tehlike arz edip etmediği meselesidir.¹²³ İşçinin işe devam etmesi hayati tehlike içeriyorsa, işçinin çalışmaktan kaçınması mümkündür. “Ciddi ve yakın tehlike” ifadesinde doğrudan hayati ifadesi geçmiyor olsa da hayati tehlikenin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.¹²⁴ Görüldüğü üzere, işçilerin tehlikeden arındırılmış, sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışması temel bir haktır.¹²⁵ Ayrıca işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı da vardır. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkının söz konusu olması için ortada ciddi ve yakın bir tehlikenin olması gerekir. Şu hususu da hemen belirtelim ki, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için ciddi ve yakın tehlikenin varlığı gereklidir ama tek başına yeterli değildir. İşçilerin bu durumu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna bildirmesi gerekmektedir.¹²⁶

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna Başvurulması

İSGK m. 13/1’e göre, “ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar...iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak, durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir..”

Ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkı gündeme gelmektedir.¹²⁷ Ancak tehlikenin ciddi ve yakın tehlike olduğun kararını verme yetkisi çalışanlara ait olmayıp çalışanların iş sağlığı ve güvenliği kurulunun yazılı tespitini alması gerekir.¹²⁸

¹²⁰ Albayrak Gül (n 18) 209-210; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 49) 432-433.

¹²¹ Süzek (n 7) 910-912.

¹²² Çiğdem Yorulmaz ‘Meslek Hastalıklarını Önlemeye Yönelik Denetim Yükümlülükleri Kapsamında Liste Yönteminin Etkisi ’ (2023) 3 [2] Kırıkkale Hukuk Mecmuası 167, 169.

¹²³ İnciroğlu (n 2) 814-815.

¹²⁴ Süzek (n 7) 945-946.

¹²⁵ Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12.

¹²⁶ Güner (n 112) 257.

¹²⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 49) 431-422.

¹²⁸ İnciroğlu (n 2) 114; Göлтаş (n 108) 222-224.

İSGK m. 13/1’de, “...Bu tür bir talep gelmesi halinde kurul acilen toplanarak karar verir.” ifadesi geçmektedir. Öğretiye göre söz konusu hükümde geçen “acilen” ifadesinden mümkün olan en kısa süreyi anlamak gerekmektedir. Buna göre kurul en kısa zamanda hatta mümkünse aynı gün içinde talebe bir cevap vermelidir.¹²⁹ Kanaatimizce bu düşünce oldukça isabetlidir. Zira ciddi ve yakın bir tehlike olmasına karşın kurul geç cevap verdiği için bu süre zarfında çalışmaya devam eden işçiler de her an zarar verici olayla karşılaşma riski altında kalacaktır.

Anlaşılabacağı üzere çalışmaktan kaçınma hakkı açısından önemli aktörlerden biri de İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruludur. İşveren iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü altındadır. Zira oluşturulan kurul sayesinde iş sağlığı ve güvenliği sistemi daha iyi işlemektedir.¹³⁰ Bir başka ifadeyle iş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşturulmasıyla işçi ve işveren arasında bir iletişim kurulmakta, iş sağlığı ve güvenliği alanında değerlendirmeler yapılabilmekte, iş sağlığı ve güvenliği faaliyetleri programlanmakta ve ortaya çıkan sorunlar çözüme kavuşmaktadır.¹³¹ Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği kurullarına gereken önemin verilmesi ve iş sağlığı ve güvenliği kurullarına kurumsal bir kimlik kazandırılması oldukça önemlidir.¹³² İSGK’nin 22. maddesinde¹³³ işverene iş sağlığı ve güvenliği açısından bir kurul oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre işyerinin sanayiye ait bir işyeri olup olmadığı fark etmeksizin işveren kurul oluşturabilmektedir.¹³⁴ Böyle bir durumda da kurul vasıtasıyla bir karar alınması halinde alınan karar çalışanlara ve çalışan temsilcilerine bildirilerek her tür önlemin alınması gerekmektedir.¹³⁵

¹²⁹ Önel (n 9) 210.

¹³⁰ Fatih Yılmaz, Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi (İstanbul Üniversitesi Yayınlanmış-Yüksek Lisans Tezi 2009) 35.

¹³¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İşyerleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Çalışma Rehberi (ÇSGB 2016) 5-6.

¹³² Tiftik ve Adıgüzel (n 1) 339.

¹³³ 6331 sayılı İSGK’nin 22. maddesinde, “(1) Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular. (2) Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde; a) Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır. b) Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. c) İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. ç) Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur. (3) Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir.” şeklinde konu düzenlenmiştir.

¹³⁴ Erol Akı ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri’ (2014) 15 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, 16.

¹³⁵ İhsa Karakaş, ‘İşçi Açısından İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları’ İş Sağlığı ve Güvenliği Ders Notları (Gurup Matbaacılık 2015) 126.



Burada önem arz eden bir diğer mesele de kurula başvuru tüm işçiler tarafından değil de tek bir işçi tarafından yapılmışsa başvuru sonucunun etkisinin ne olacağıdır. Başvuruda bulunan işçinin talebi kabul görmüşse gerekli tedbirler alınıncaya kadar sadece bu işçi, mi yoksa tüm işçiler mi çalışmaktan kaçınabileceği meselesi tartışma konusu olmuştur. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, tedbir alınmayı gerekli kılan tehlike sadece talepte bulunan işçi açısından değil de, o işyerinde çalışan başka işçiler açısından da bir risk yaratıyorsa, diğer işçiler bakımından sürecin tamamlanmasına gerek kalmaksızın diğer işçilerin de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi yerinde olacaktır.¹³⁶ Bunun yanında işyerinde ortaya çıkan ciddi ve yakın tehlikenin birçok işçiyi tehdit etmesi halinde, tehlike altında olan işçiler çalışmaktan kaçınma talebinde bulunduğu kurulu aldığında kararın talepte bulunan işçilerle birlikte işyerindeki diğer işçiler için, hatta tüm işçiler için uygulanması mümkündür. Böyle bir durumda işçilere yaptırım uygulanması ve haklarının kısıtlanması söz konusu olmayacaktır.¹³⁷

Yapılan açıklamalar çerçevesinde ilk olarak çalışanları tehdit eden “ciddi ve yakın” bir tehlike bulunmalıdır. Daha sonrasında bu tehlikelerin tespiti ve gerekli tedbirlerin alınması iş sağlığı ve güvenliği kurulundan istenebilmektedir.¹³⁸ Ancak hemen belirtelim ki, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmaması halinde çalışanların durumu işverene bildirmesi gerekmektedir.¹³⁹ Elli ve daha fazla çalışanı olan ve altı aydan uzun süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde bir iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunması zorunludur (İSGK m. 22). İşyeri, bu özellikte bir işyeri ise ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçilerin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurması gerekir.¹⁴⁰ Ancak, işyeri bu özellikte bir işyeri değilse, işyerinde bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmadığı için ciddi ve yakın tehlikeyle karşılaşan işçiler doğrudan doğruya işverene başvurabilmektedir.¹⁴¹

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu var ise, ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçiler iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurduklarında kurulun acilen yanıt vermesi gerekmektedir. Ancak, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmamasında ise işçiler işverene başvurduklarında işverenin derhal yanıt vermesi gerekmektedir (İSGK m.13/1).

Bununla birlikte işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu olmakla birlikte, önlenemez boyutta ciddi ve yakın tehlikenin olması halinde iş sağlığı ve güvenliği ku-

¹³⁶ Süzek (n 7) 945; Önel (n 9) 211.

¹³⁷ Ünal Narmanlıoğlu ‘Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)’ (2012) 12 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 611, 612; Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları) (9. bs. Yetkin Yayınevi 2022) 62-63.

¹³⁸ Süzek (n 7) 945-946; İnciroğlu (n 2) 840-841.

¹³⁹ Güner (112) 257-258; Süzek (n 7) 945.

¹⁴⁰ Akı (134) 16-18; Yılmaz (n 51) 62-63.

¹⁴¹ Önel (n 9) 212.

ruluna veya kurulun olmadığı yerde işverene başvurmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek önceden belirlenen güvenli bölgeye çekilebilmektedir (İSGK m. 13/3). Böyle bir durumda önlenemez boyutta bir ciddi ve yakın tehlikenin olması halinde çalışan kurulun veya işverenin kararıyla değil kendi kararıyla çalışmaktan kaçınma yoluna gitmektedir.¹⁴² Ancak böyle önlenemez ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde işçiler işverene danışmadan bölgeyi terk edebiliyor olsa da işverenin işçilerin tehlikeli bölgeden ayrılabilmesi için önceden gerekli düzenlemeleri yapmış olması zorunludur. Zira İSGK'nin "Tahliye" başlıklı 12. maddesinde ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin varlığı halinde işverenin, çalışanların işi bırakarak derhal çalışma alanından ayrılarak güvenli bir yere gidebilmesi için önceden gerekli düzenlemeleri yaparak gerekli talimatları verme yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Buna göre ciddi ve yakın tehlike halinde işçilerin hızlı ve etkin şekilde riskli bölgeyi tahliye edebilmesi için işverenin gerekli tüm tedbirleri almış olması gerekmektedir.¹⁴³ Bu aynı zamanda işverenin iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunu sağlama yükümlülüğünün de bir gereğidir.¹⁴⁴ İşverenin her türlü senaryoyu düşünerek ona göre iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunu yapması gerekmektedir.

Yeri gelmişken belirtelim ki, iş sağlığı ve güvenliği kurulu sayesinde tüm aktörlerin daha koordineli hareket etmesi mümkün hale gelmektedir.¹⁴⁵ Buna rağmen uygulamada çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına bağlı olarak birtakım sorunlar da yaşanabilmektedir. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiler ücret ve diğer işçilik haklarına kavuşma noktasında zorluklarla karşılaşabilmektedir. Bu nedenle işçiler çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma açısından çekimser kalabilmektedir. Bir de işçiler bir tehlikeyle karşı karşıya kaldıklarında iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru sürecinde sorunlar yaşayabilmektedir¹⁴⁶

¹⁴² İnciroğlu (n 2) 814.

¹⁴³ Mehmet Emin Ulusoy, *İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Örgütlenme Yükümlülüğü* (Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2013) 29.

¹⁴⁴ Korkmaz ve Alp (n 15) 322-323.

¹⁴⁵ Yılmaz (n 51) 35-36.

¹⁴⁶ Türkiye Barolar Birliği Emek Komisyonu Yasa İzleme Merkezi, Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor (1. bs. Türkiye Barolar Birliği 2015) 110-111.

3. Gerekli Tedbirlerin Alınmamış Olması

İSGK m. 13/2¹⁴⁷ hükmü uyarınca çalışanın gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkı vardır. Görüldüğü üzere kanun metninde “gerekli önlemler alınıncaya kadar” ifadesi geçmektedir.

İşveren iş sağlığı ve güvenliğine yönelik her türlü önlemi almak ve elverişli bir çalışma ortamını sağlamakla yükümlüdür.¹⁴⁸ Çalışma ortamının iş sağlığı ve güvenliği açısından çalışmaya elverişli olmaması halinde gerekli tedbirler alınmamış olacaktır.¹⁴⁹ Örneğin yakın bir dönemde iş kazasının gerçekleşme riski varsa çalışma ortamında gerekli tedbirler alınmamıştır.¹⁵⁰ Böyle bir durumda çalışanlar durumu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun olmaması halinde işverene bildirerek gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.¹⁵¹ İşçiler çalışmaktan kaçındıklarında henüz iş sağlığı ve güvenliğine yönelik gerekli tedbirler alınmamıştır ve halen tehlikeli durum devam etmektedir.¹⁵² Öte yandan gerekli tedbirler alındıktan sonra, daha açık bir ifadeyle iş sağlığı ve güvenliği açısından elverişli bir çalışma ortamının sağlanması halinde çalışanların çalışmaktan kaçınması söz konusu olmayacaktır. Ancak, çalışanlar gerekli tedbirlerin alınmasını talep etmiş ve gerekli tedbirler alınmamışsa çalışanlar yasal haklarını kullanabilmektedir.¹⁵³

G. İŞ KAZASI MESLEK HASTALIĞI VE BULAŞICI HASTALIKLAR AÇISINDAN İŞÇİNİN ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKI

İş kazası veya meslek hastalığı açısından ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde diğer şartların da bulunması durumunda işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmektedir.¹⁵⁴

İş kazası ve meslek hastalığı halinde yıkıcı ve yıpratıcı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle işçilerin tehlikeli alandan uzaklaşması ve tehlikeli bölgede gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ciddi tehlikenin yakın olması gerekli olmakla birlikte bu koşulun sağlanması her zaman mümkün olmamaktadır. Zira iş kazası açısından ciddi tehlikenin yakında gerçekleşecek olması mümkün iken, meslek hastalığı açısından bu durum her zaman mümkün olmamaktadır. Meslek hastalığının olumsuz etkileri çok daha

¹⁴⁷ 6331 sayılı İSGK'nin 13./2 hükmüne göre, “Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır” şeklinde çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir.

¹⁴⁸ Sümer (n 1) 105; Süzek (n 7) 907-908; Baybora, s. 10-11; Özveri, s. 84.

¹⁴⁹ Alper ve Kılıkış (n 8) 68; Sarıbay Öztürk (n 1) 11-12.

¹⁵⁰ Güner (n 112) 257; Selek (n 9) 327-329.

¹⁵¹ İnciroğlu (n 2) 814-815; Sarıbay Öztürk (n 1) 13-15.

¹⁵² Önoğlu (n 9) 216; Göktaş (n 108) 221-223.

¹⁵³ Karakaş (n 135) 126.

¹⁵⁴ Süzek (n 9) 945-947.

sonra zaman içinde ortaya çıkabilmektedir.¹⁵⁵ O halde işin özelliği de göz önünde bulundurularak yakın vadede değil de ileride meslek hastalığı açısından olumsuz etkilerin görüleceğine yönelik bir emarenin varlığı halinde de işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması yerinde olacaktır.¹⁵⁶ Yargıtay, işin özelliği yanında işyeri şartlarının ve çalışma koşullarının da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁵⁷ Ancak şu hususu belirtelim ki, meslek hastalığı açısından yaşanan en önemli sorunların başında meslek hastalığının tanı ve teşhisinde yaşanan sorunlardır.¹⁵⁸ Meslek hastalığının saptanması açısından yaşanan zorluklar iş ilişkisine de etki etmektedir.¹⁵⁹ Meslek hastalığının tespit edilememesi halinde işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı da gündeme gelebilecektir.¹⁶⁰

Hemen belirtelim ki, iş kazası veya meslek hastalığı tehlikesi nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için tehlikenin mutlak surette ölümcül bir tehlike olması şart değildir. İşçinin sağlığına ve yaşamına yönelik zarar verici nitelikte bir tehlikenin varlığı işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için yeterlidir.¹⁶¹

Covid-19, Maymun Çiçeği gibi küresel nitelikte bir salgın hastalığın¹⁶² görülme tehlikesi söz konusu olduğunda da işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkündür. Zira bu tür hastalıkların yayılması nedeniyle gerek işyerinde, gerek işyeri dışında insan sağlığını tehdit eden birçok olumsuz sonuç ortaya çıkmaktadır.¹⁶³

Yargıtay, Covid-19 gibi bir bulaşıcı hastalık kapsamında ortaya çıkan tehlikeye bağlı olarak zarar verici sonucun hemen ortaya çıkabileceğini veya daha sonra da ortaya çıkabileceğini, Covid-19 gibi bulaşıcı hastalıklar nedeniyle zarar verici sonucun hemen değil de ileride ortaya çıkacak olması halinde dahi işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini ifade etmiştir.¹⁶⁴

¹⁵⁵ Durmuş Özcan, Uygulamalı İş Davaları (3. bs. Adalet Yayınevi 2016) 411-413.

¹⁵⁶ Önel (n 9) 199-200.

¹⁵⁷ Yargıtay 7.HD, T.07.03.2015, E.2015/6045, K.2016/5519, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=214&t=349523> (Erişim Tarihi: 29.07.2022)

¹⁵⁸ Uluslararası Çalışma Örgütü ILO Türkiye Ofisi, s. 75-77.

¹⁵⁹ Ercan Akyiğit, İş Hukuku (14. bs. Seçkin Yayıncılık 2022) 280-282.

¹⁶⁰ Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması (10. bs. Albi Yayıncılık 2017) 375-377.

¹⁶¹ Tuğba Eren Tokyürek, Türk İş Hukukunda Haklı Neden-Geçerli Neden Kavramları (Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010) 45.

¹⁶² Belirtmek gerekir ki, bu çalışmada Covid-19 Pandemisi veya Maymun Çiçeği gibi bir salgın hastalık doğrudan ele alınmadığı için bu tür salgın hastalıklara ilişkin detaylı açıklamalar yapılmamış, çalışmaktan kaçınma hakkını temel alan açıklamalar yapılmış, yeri geldikçe bu konulara değinilmiştir.

¹⁶³ Zehra Gizem Ateş 'Covid-19'un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi' (2020) 19 [38] İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 167-169; Bünyamin Esen 'Koronavirüs (Covid-19)'e İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Gereğince İşyerlerinde Alınması Gereken Tedbirler' (2020) 28 [239] E-Yaklaşım Dergisi 7, 9.

¹⁶⁴ Yargıtay 21.HD, T.15.04.2019, E.2018/5018, K.2019/ 2931, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/21-hukuk-dairesi-e-2018-5018-k-2019-2931-t-15-4-2019>(Erişim Tarihi: 12. 08.2020).

Kanaatimizce Covid-19 gibi bir bulaşıcı hastalığa ilişkin en ufak bir emarenin varlığı halinde işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, işyeri tamamen steril ve çalışmaya uygun hale getirilinceye kadar işçilerin beklemesi, gerçekten işyerinin tamamen riskten arındırıldığı konusunda kesin emin olunduktan sonra işçilerin işe çağırılması yerinde olacaktır.

H. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

İSGK m. 13'te düzenlenen şartların varlığı halinde çalışanlar çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmektedir. Böyle bir durumda işçilerin iş görme edimini ifa yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.¹⁶⁵

Normal şartlar altında işçi iş sözleşmesi ile taahhüt ettiği iş görme borcunu ifa etmekle yükümlüdür.¹⁶⁶ Zira iş görme borcu, işçinin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan asli borcudur.¹⁶⁷ Aynı zamanda iş görme borcu, hizmet sözleşmesinin temel unsurlarındandır.¹⁶⁸ Ancak ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan işçi iş görmekten kaçınabilmektedir.¹⁶⁹ Ayrıca ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan ve iş görmekten kaçınan işçinin haklarında herhangi bir kısıtlamaya gidilmesi söz konusu değildir.¹⁷⁰

Kural olarak iş görme edimini yerine getirmeyen işçi ücrete hak kazanmamaktadır.¹⁷¹ İşçinin ücrete hak kazanabilmesi için iş görme edimini yerine getirmesi gerekmektedir.¹⁷² Ancak ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan işçi, iş görme edimini yerine getirmiyor olsa da ücrete hak kazanmaktadır.¹⁷³ Keza çalışmaktan kaçınma hakkının şartları gerçekleşmiş ve işçi de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmışsa, işçinin İş Kanunu veya sözleşmeden doğan hakları baki kalmaya devam etmektedir. İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde, işçinin sözleşmeden veya kanundan doğan tüm hakları, sanki işçi iş görme edimini yerine getiriyormuş gibi işlemeye devam

¹⁶⁵ Akyiğit (n 159) 14. Bastı, 2022, s. 179-180; Sarper Süzek, 'İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları' (2007) 56 [4] AÜHFD 211-212; Uğur Ocak, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre 9. Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları (1. bs. Kalkan Matbaacılık Cilt I 2013) 77-78; Kenan Tunçomağ, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma (Sosyal Siyaset Konferansları 19. Kitap İstanbul Üniversitesi Yayınları 1968) 99-101.

¹⁶⁶ Korkmaz ve Alp (n 15) 141-142; Çil (n 137) 62-63; Akyiğit (n 159) 179-180; Ayrıca bkz. Manfred Rehbinder 'İş İlişkisinde (İşi) Kabulde Temerrüt Olur mu?' (Çev. E. Akyiğit) (1995) [4-5-6] 283, 287.

¹⁶⁷ A. Can Tuncay 'Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları' (2005) 0 [6] Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 650-652; Betül Erkanlı Başbüyük, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (1. bs. Seçkin Yayıncılık 2020) 47-49.

¹⁶⁸ Cevdet İlhan Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (6. bs. Yetkin Yayınevi 2022) 114; Kenan Tunçomağ ve Tantuk Centel, İş Hukukunu Esasları (6. bs. Beta Yayınevi 2013) 92.

¹⁶⁹ Yılmaz (n 51) 58-59.

¹⁷⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 49) 431-422.

¹⁷¹ Mustafa Kılıçoğlu, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar (1. bs. Turhan Kitabevi 2009) 38-39; Çil (n 137) 62-63; Akyiğit (n 159) 179-180.

¹⁷² Narmanlioğlu (n 137) 611; Mehmed Zahid Yener, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borcunda Temerrüt (1. bs Yetkin Yayınevi 2020) 25-27.

¹⁷³ İnciroğlu (n 2) 814-815; Yılmaz (n 51) 58.

etmektedir.¹⁷⁴ Zira bu süre zarfında işçinin sağlığı ve güvenliği açısından ciddi ve yakın bir tehlike bulunmaktadır. Bu nedenle işçinin çalışmaktan kaçındığı süre çalışma süresinden sayılmaktadır¹⁷⁵ ve kıyasen iş sözleşmesi askıya¹⁷⁶ alınmasının hüküm ve sonuçları gündeme gelecektir.¹⁷⁷ Yapılan açıklamalar çerçevesinde, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığında iş görme borcunu ifa etmiyor olsa da, ücret ve ücret eklerine hak kazanmaktadır. Ayrıca işverenin yükümlülüğü ücret ve ücret eklerini ödemekle sınırlı olmayıp, işverenin işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) primlerini de ödemesi gerekmektedir. İşçinin çalışmaktan kaçınması halinde normal iş ilişkisinden farklı olarak iş görme yükümlülüğü ortadan kalkmakta, onun dışında işçinin diğer yükümlülükleri ve işverenin yükümlülükleri aynen varlığını sürdürmektedir.¹⁷⁸

Görüldüğü üzere işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde ücret ve ücret ekleri dahil olmak üzere tüm işçilik hak ve alacakları mevcudiyetini korumaktadır.¹⁷⁹ Ancak uygulamada çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına bağlı olarak birtakım sorunlar yaşanabilmektedir. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiler ücret ve diğer işçilik haklarına kavuşma noktasında zorluklarla karşılaşabilmektedir. Bu nedenle işçiler çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma açısından çekimser kalabilmektedir.¹⁸⁰ Böyle bir durumda da işçiler ölümcül ve hayati tehlike içeren risklere maruz kalabilmektedir.¹⁸¹

I. ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKININ SONUÇLARI

İş kazası veya meslek hastalığı açısından risk ve tehlike içeren işyerlerinde çalışan işçiler çalışmaktan kaçınabileceği gibi iş akdini feshetme yoluna da gidebilmektedir.¹⁸² İSGK m. 13/4 hükmüne göre ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçiler, talep etmelerine karşın gerekli tedbirlerin alınmaması halinde iş akdini feshedebilmektedir. İşveren veya iş sağlığı ve güvenliği kurulu tehlikeden haberdar

¹⁷⁴ Baycık (n 74) 117.

¹⁷⁵ Aktay, Arıcı ve Kaplan (n 24) 206: İşçi teknik nedenlerle, sosyal nedenlerle veya işyerinden ya da işten kaynaklanan nedenlerle çalışmaya hazır olmasına karşın çalışmadan belli bir süre bekleyebilir. Bu şekilde işçinin çalışmaya hazır olmasına rağmen çalışmadan beklemesi halinde geçen süreler çalışma süresinden sayılmaktadır.

¹⁷⁶ Rabiye Yaman, 'İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları' (2014) 74 [Özrel Sayı] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 765-767: Askı halinde tarafların iş sözleşmesinden kaynaklanan birbirine karşı borçları devam etmemektedir. Askı halinde işçi iş görme borcunu ifa etme yükümlülüğü altında değildir. İşverenin ücret ödeme borcu ise tamamen ortadan kalkmakta, bazı hallerde işverenin ücret ödeme borcu devam etmektedir.

¹⁷⁷ Önoğlu (n 9) 216; Erkanlı Başbüyük (n 167) 208-209.

¹⁷⁸ Baycık (n 74) 115-117.

¹⁷⁹ İşler (n 21) 58-61.

¹⁸⁰ Türkiye Barolar Birliği Emek Komisyonu Yasa İzleme Merkezi (n 146) 110-111.

¹⁸¹ Güner (n 112) 257-258; Selek (n 9) 328-330.

¹⁸² Süzek (n 7) 845; Erkanlı Başbüyük (n 167) 176-177.



olmuş ancak işyerinde gerekli tedbirler alınmamışsa, bu duruma maruz kalan işçiler haklı nedenle iş akdini feshedebilmektedir.¹⁸³ Önemle belirtelim ki, işçilerin haklı nedenle iş akdini feshedebilmesi için, objektif koşullar çerçevesinde ortada ciddi ve yakın bir tehlikenin olması gerekir. Söz konusu tehlike ortadan kalkmamışsa işçilerin iş akdinin feshi de mümkün olacaktır.¹⁸⁴ Ayrıca burada haklı nedenle fesih söz konusu olduğu için, kıdem tazminatı için gerekli diğer şartların da varlığı halinde, işçiler kıdem tazminatı da talep edebilecektir.¹⁸⁵

Bu doğrultuda işçilerin haklı nedenle iş akdini feshedebilmesi için, iki koşulun bir arada bulunması gerekir.¹⁸⁶ Buna göre ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçilerin tedbir alınmasını talep etmesi ve gerekli tedbirlerin alınmamış olması gerekmektedir.¹⁸⁷ Ayrıca işçiler çalışmaktan kaçındıkları süre zarfında fiilen çalışmış sayılmaktadır. Yine toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli de bu süre zarfında fiilen çalışmış sayılmaktadır.¹⁸⁸

İSGK m. 13./4 hükmünde, “İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir” şeklinde işçilere bu hak tanınmıştır. Buna göre işçilerin haklı nedenle iş akdini feshedebilmesi için her şeyden önce ortada bir tehlike olmalıdır.¹⁸⁹ Ancak çalışanın haklı nedenle iş akdini feshi için çalışanın tehlikeye maruz kalması şart değildir. İlerde gerçekleşecek bir tehlike için de işçinin iş akdini feshetmesi mümkündür.¹⁹⁰ Ayrıca tehlikenin ölüm riski doğuracak kadar büyük boyutta olması da gerekli değildir. Bir başka ifadeyle işçinin iş akdini feshetmesi için tehlikenin, tedbir alınmazsa ölüme yol açacak nitelikte bir tehlike olması şart değildir.¹⁹¹ Tehlikeden maksat, işçinin sağlığı ve yaşamı için telafi edilemeyecek zararlara yol açabilecek durumlardır.¹⁹² O halde işçinin iş akdini feshedebilmesi için, işçinin sağlığı ve yaşamı için zarar verebilecek nitelikte bir tehlikenin olması, bu tehlikenin bildirilmesi, ancak gerekli tedbirlerin alınmaması gerekmektedir.¹⁹³

Yargıtay da ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçilerin İSGK m. 13 hükmünde düzenlenen şartların gerçekleşmesi halinde iş sözleşmesini haklı nedenle

¹⁸³ İnciroğlu (n 2) 816.

¹⁸⁴ Önel (n 9) 220.

¹⁸⁵ Özcan (n 155) 410-411.

¹⁸⁶ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri* (5. bs. Beta Yayınevi 2014) 420.

¹⁸⁷ İnciroğlu (n 2) 816; Erkanlı Başbüyük (n 167) 205-207.

¹⁸⁸ Karakaş (n 135) 126.

¹⁸⁹ Süzek (n 7) 849.

¹⁹⁰ Özcan (n 155) 410-412.

¹⁹¹ Eren Tokyürek (n 191) 45.

¹⁹² Narmanlıoğlu (n 137) 420.

¹⁹³ Önel (n 9) 220-221.

feshedebileceklerini ifade etmiştir.¹⁹⁴ Buradan da anlaşıldığı üzere bu kapsamda işçilerin haklı nedenle iş akdini feshedebilmesi için kanuni şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak buradan şöyle bir sonuç çıkmamaktadır; işveren çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçilerin bu sebeple sözleşmesini feshederse¹⁹⁵ bu fesih haklı fesih¹⁹⁶ olmayacaktır.¹⁹⁷ Çalışmaktan kaçınma hakkı kapsamında İSGK m. 13'de düzenlenen şartların varlığı halinde işçiler haklı nedenle iş akdini feshedebilmektedir.¹⁹⁸

İSGK m. 13 hükmünde ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan çalışanların gerekli tedbirlerin alınmaması halinde iş akdini haklı nedenle feshedebileceği düzenlenmiştir, ancak işçilerin iş akdini feshedebilmesi için iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararı gerekli mi değil mi herhangi bir düzenleme yoktur.

Öğretide bir görüşe göre ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçiler kurul kararı olmaksızın doğrudan iş akdini feshedebilmektedir.¹⁹⁹ Zira İş K. m. 24/1-f hükmünde çalışma şartlarının uygulanmaması halinde işçinin iş akdini feshedebileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Ancak böyle bir durumda işçinin haklı nedenle feshin koşullarının oluşup oluşmadığını göz önünde bulundurması gerekmektedir. Nitekim işçi gerekli önlemlerin alınmadığı yönünde yanılığa düşmüşse işçinin yaptığı fesih haksız fesih olacaktır. Bu nedenle işçinin gerekli önlemlerin alınmadığından emin olması ve ona göre iş akdini feshetmesi gerekmektedir.²⁰⁰

Yapılan açıklamalar çerçevesinde ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçi iş akdini haklı nedenle feshedebilmektedir. İşçi gerçekten ciddi ve yakın tehlike ile

¹⁹⁴ Yargıtay 22.HD, T.19.02.2019, E.2017/20315, K.2019/3657, <https://www.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 30.08.2024).

¹⁹⁵ Belli şartlar çerçevesinde işverenin haklı nedenle işçinin sözleşmesini feshedebilmektedir. Ancak bu çalışmada işçi penceresinden konu ele alındığı için, hangi şartlar altında ve ne şekilde işçinin haklı nedenle iş akdini feshedebileceği meselesi üzerinde durulmaktadır.

¹⁹⁶ Yargıtay 9. HD, T.12.11.2018, E.2018/5470, K.2018/20239, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html> (Erişim Tarihi: 01.09.2024): İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması nedeniyle işverenin iş sözleşmesini feshetmesi haklı fesih olmayacaktır. Ancak Yargıtay, işçinin amirlerine haber vermeksizin görev yerini terk etmesi halinde işverence yapılan feshin haklı fesih olacağını, işçinin haber verme yükümlülüğü olduğunu bu kapsamda işverenin İş K. m. 25/II-e hükmü kapsamında iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğine hükmetmiştir.

¹⁹⁷ Yargıtay 10.HD, T.07.07.2014, E.2014/10054, K.2014/15408 <https://legalbank.net/belge/hukuk-muhakemeleri-kanunu-madde-5/1326570/ilgili-mahkeme-kararlari/yargitay-kararlari> (Erişim Tarihi: 30.08.2024).

¹⁹⁸ İSGK'nin 13. maddesi kapsamında işçi haklı nedenle iş akdini feshetme yoluna gidebilmektedir. Ancak bu imkan işçiye tanınmış yeni bir hak değildir. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde de İş K. m. 83'de düzenlenen şartlar çerçevesinde işçiler bu yola gidebilmekteydi Yargıtay 22.HD, T.01.11.2011, E.2011/1581, K.2011/3732 <https://legalbank.net/belge/hukuk-muhakemeleri-kanunu-madde-57/1326682/ilgili-mahkeme-kararlari/yargitay-kararlari> (Erişim Tarihi: 30.08.2024).

¹⁹⁹ Senyen-Kaplan (n 116) 396.

²⁰⁰ Süzek (n 7) 850.



karşılaştığı için iş akdini feshetmişse, kurula başvurmadığı için yapılan bu feshin haklı fesih olmayacağını söylemek hakkaniyetli olmayacaktır.²⁰¹

Bu doğrultuda iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli tedbirlerin alınmaması, çalışma şartlarına da etki etmektedir. Çalışma şartlarındaki eksiklikler ve olumsuzluklar nedeniyle işçi iş akdini haklı nedenle feshedebilmektedir.²⁰² Bu şekilde iş akdini fesheden işçi kıdem tazminatını isteyebileceği gibi, haklı nedenle feshe bağlı diğer haklarını da talep edebilmektedir.²⁰³ Yargıtay da işyerinde işçinin sağlığı ve yaşamına yönelik tehlikenin olması ve bu tehlikenin ortadan kalkması için gerekli tedbirlerin alınmaması halinde işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebileceğini, yapılan fesih haklı nedenle fesih olduğu için²⁰⁴ diğer şartların da varlığı halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını kabul etmiştir. Görüldüğü üzere İSGK m. 13 kapsamında işçi haklı nedenle iş akdini feshedebilmektedir. Ancak işçi, İSGK m. 13 kapsamında aranan şartları sağlamadan iş akdini feshetmişse haklı fesih söz konusu olmayacaktır. İşçinin yaptığı fesih İSGK m.13’de düzenlenen şartlar çerçevesinde yapılmışsa, yapılan fesih haklı olduğu için işçi, işçilik hak ve alacaklarını da talep edebilecektir.

SONUÇ

Çalışmaktan kaçınma hakkının hüküm ve sonuçları itibarıyla iyi anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira çalışmaktan kaçınma hakkı bir yönüyle iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren bir hak olmakla birlikte diğer yönüyle de iş ilişkisini ilgilendiren bir haktır. Bir başka ifadeyle çalışmaktan kaçınma hakkı iş sağlığı ve güvenliğine etki etmekle birlikte bir yönüyle de iş ilişkisine bu kapsamda iş sözleşmesine etki etmektedir.

Çalışmaktan kaçınma hakkı iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından oldukça önemli bir haktır. Çalışan, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştığında çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığında iş sağlığı ve güvenliği açısından olumlu sonuçlar doğmaktadır. Zira ciddi ve yakın bir tehlike olmasına rağmen çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaması halinde vahim sonuçlar doğabilmektedir. Böyle bir durumda işçilerin yaralanması gibi vahim bir sonuç ortaya çıkabileceği gibi işçilerin hayatını kaybetmesi gibi vahim sonuçlar da doğabilmektedir. Bu nedenle ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde işçi çalışmaktan kaçınabileceği gibi iş akdini de haklı nedenle feshedebilmektedir.

Önemle şu hususu belirtelim ki, işçinin haklı nedenle iş akdini feshedebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmamış olması esastır. İşçi, gerekli tedbirlerin alınmadığı konusunda yanılığa düştüğü takdirde yapılan fesih haksız fesih olacaktır. Böyle

²⁰¹ Akyiğit (n 159) 279-280.

²⁰² İnciroğlu (n 2) 816-817.

²⁰³ Süzek (n 7) 850.

²⁰⁴ Yargıtay 22.HD, T.29.09.2014, E.2014/25416, K.2014/26000, <http://kazanci.com.tr/gunluk/22hd-2014-25415htm> (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

bir durumda da işçi haksız feshin sonuçlarına muhatap olacaktır. Bu nedenle işçinin gerekli tedbirlerin alınmadığı konusunda emin olması ve ondan sonra iş akdini feshetmesi yerinde olacaktır.

İşçi her durumda iş akdini feshedememektedir. Ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde, söz konusu tehlikenin geçmemesi ve tehlikenin bertaraf edilmesi için gerekli adımların atılmaması, bu şartlar altında işçinin çalışmaya devam etmesinin mümkün olmaması, işçinin çalışmaya devam etmesi halinde işçi sağlığının tehlike altında olması halinde işçi haklı nedenle fesih yoluna gidebilmektedir.

Görüldüğü üzere çalışmaktan kaçınma hakkı son derece önemli bir haktır. Adından da anlaşıldığı üzere çalışmaktan kaçınma işçilere bir hak olarak tanınmıştır. Ancak işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını ve bu hakka bağlı diğer haklarını kullanabilmesi için kanuni şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının şartlarının, hüküm ve sonuçlarının özellikle işçiler tarafından iyi anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. O zaman işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından daha elverişli bir ortamın olacağı, iş sağlığı ve güvenliği açısından doğabilecek menfi sonuçların azalabileceği kanaatindeyiz.

Önemine binaen çalışmaktan kaçınma hakkı gerek uluslararası düzenlemelerde gerek Türk mevzuatında kendisine yer bulmuştur. Böylelikle iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçilerin daha elverişli bir ortamda çalışması, işçinin hayatına, sağlığına ve güvenliğine zarar verecek koşulların olması halinde ise işçinin çalışmaması amaçlanmıştır. Böylelikle işçi sağlığına ve iş güvenliğine öncelik verilmiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Makaleler ve Tezler

Akı E, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri' (2014) 15 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13.

Akpınar T, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (1bs Ekin Yayıncılık 2018).

Aktay N, Arıcı K, Senyen Kaplan E T, *İş Hukuku* (6. bs. Gazi Kitapevi 2013).

Akyiğit E, *İş Hukuku* (14. bs. Seçkin Yayıncılık 2022).

Albayrak Gül H, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019).

Alper Y ve Kılıkış İ, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (3. bs. Dora Yayıncılık 2017).

Arslan S, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri' (2014) 20 [1] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 772.

Ateş Z G, 'Covid-19'un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi' (2020) 19 [38] İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 167.



Baloğlu C, 'Avrupa Birliği'nde İş Sağlığı ve Güvenliği Politikaları' (2014) 14 [2] Kamu İş 103.

Balkır Z G, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu' (2012) 2 [1] Sosyal Güvenlik Dergisi 57.

Baybora D, 'Türkiye'de İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Güvenlik Sistemi İçindeki Yeri' (International Conference On Eurasian Economies, Session 2B 2013),

Baycık G, 'Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri' (2011) 60 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 248.

Baycık B, 'Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri' (2011) 60 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 248.

Boz Erava, D, '6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İlgili Yönetmelikleri Çerçevesinde İşverenin Yükümlülükleri' (2019) 8 [22] Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 332.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü. *İşyerleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Çalışma Rehberi* (ÇSGB 2016).

Çavuşoğlu N, 'Klasik İnsan Hakları Anlayışı Değişirken Avrupa Sosyal Şart' (1993) [3-4-5] İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 110.

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. bs. Beta Yayınları 2023).

Çil Ş, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları* (2020-2021 Yılları) (9. bs. Yetkin Yayınevi 2022).

Demir F, *İş Hukuku ve Uygulaması* (10. bs. Albi Yayıncılık 2017).

Demircioğlu M ve Centel T, *İş Hukuku* (19. bs. Beta Yayıncılık 2016).

Demirkaya S, 'Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliğinin Gelişimi: Cumhuriyetten Günümüze Hukuki Bir Değerlendirme' (2023) 7 [35] 1.

Eren Tokyürek T, *Türk İş Hukukunda Haklı Neden-Geçerli Neden Kavramları* (Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).

Esen B, 'Koronavirüs (Covid-19)'e İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Gereğince İşyerlerinde Alınması Gereken Tedbirlere' (2020) 28 [339] E-Yaklaşım Dergisi 7.

Erkanlı Başbüyük B, *İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı* (1. bs. Seçkin Yayıncılık 2020).

Eyrenci Ö, Taşkent S ve Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku* (10. bs. Beta Yayınevi 2020).

Göktaş, S, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (1. bs. Yetkin Yayınları, 2008).

Günay C İ, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (2. bs. Yetkin Yayınları 2015).

- Günay C İ, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (6. bs. Yetkin Yayınevi 2022).
- Güner R ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı’ (2016) [138] İSMMMO 257.
- Güzel A ‘Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı’ (1992) 6 [3] Çimento İşveren 17.
- İnciroğlu L ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı’ (2011) 20 [1] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 810.
- İşler M C, ‘Uluslararası Kaynaklar ve 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’ (2011) 2 [2] ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi 58.
- Karabal A, ‘İş Sağlığı ve İş Güvenliği’ (2020) 5 [1] Uluslararası Batı karadeniz Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi 3.
- Karacan Çetin H, ‘4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı’ (207) 5 [Özel Sayı] İstanbul Barosu Dergisi 217.
- Karakaş İ, ‘İşçi Açısından İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları’ İş Sağlığı ve Güvenliği Ders Notları (Gurup Matbaacılık 2015).
- Kaya P A, ‘Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı’ (2016) [70] Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 332.
- Kılıçoğlu M, *İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar* (1. bs. Turhan Kitabevi 2009).
- Kılıkış İ, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği’nde Yeni Dönem:6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’ (2013) 15 [1] İş Güç Dergisi 27.
- Korkmaz F ve Alp N S, *Bireysel İş Hukuku* (3. bs. Seçkin Yayıncılık 2016).
- Kökten M ve Avınç Ö, ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşveren Yükümlülükleri ve Tekstil Sektörü Açısından Bir Bakış’ (2014) 21 [93] Tekstil ve Mühendis Dergisi 35.
- Kurt R, *Herkes İçin İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi* (2. bs. Seçkin Yayıncılık 2015).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. bs. Lykeion Yayınları 2022).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı*, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku (6. bs. Lykeion Yayınları 2022).
- Narmanlıoğlu Ü, ‘Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkani)’ (2012) 12 [Özel Sayı] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 611.
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri* (5. bs. Beta Yayınevi 2014).
- Narter S, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (3. bs. Adalet Yayınevi 2017).



Ocak U, *4857 Sayılı İş Kanununa Göre 9. Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları* (1. bs. Kalkan Matbaacılık Cilt I 2013).

Özcan D, *Uygulamalı İş Davaları* (3. bs. Adalet Yayınevi 2016).

Özdemir C S, *İş Mevzuatı Rehberi* (1. bs. Adalet Yayınevi 2018).

Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (1. bs. Vedat Kitapçılık 2014).

Önol G, ‘Çalışmaktan Kaçınma Hakkı’ (2011) 60 [2] TAAD 215.

Özveri M, *İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri* (Birleşik Metal İş Yayınları 2015)

Rehbinder M, ‘İş İlişkisinde (İşi) Kabulde Temerrüt Olur mu?’ (Çev. E. Akyiğit) 1995 [4-5-6] İBD 283.

Sarıbay Öztürk G, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (1. bs. Beta Yayıncılık 2015).

Selek H S, *İş Sağlığı ve Güvenliği (İSG) Temel Konular* (2. bs. Seçkin Yayıncılık 2018).

Senyen Kaplan E T, *Bireysel İş Hukuku* (13. bs. Yetkin Yayınevi 2023).

Sümer H H, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (6. bs. Seçkin Yayıncılık 2022).

Süzek S, ‘İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları’ (2007) 56 [4] AÜHFD 13.

Süzek S, *İş Hukuku* (22. bs. Beta Yayınları 2022).

Şen M, ‘İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İspat Vasıtaları’ (2008) 3 [1] EÜHFD 160.

Şen M, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı Tarihsel Gelişim ve Dayanakları’ (2015) 4 [1] MÜHFD 123.

Tiftik M ve Ayşe Adıgüzel ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre Genel Hizmet Sözleşmelerinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu’ (2016) 1 [1] Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Tuncay A C, ‘Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları’ (2005) [6] Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 650.

Tunçomağ K, *Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşi Kabulden Kaçınma Sosyal Siyaset Konferansları 19 Kitap* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1968).

Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunu Esasları* (6. bs. Beta Yayınevi 2013).

Türkiye Barolar Birliği Emek Komisyonu Yasa İzleme Merkezi, *Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor* (1. bs. Türkiye Barolar Birliği 2015).

Uluslararası Çalışma Örgütü ILO Türkiye Ofisi, *Türkiye Kömür Madenciliği Sektöründe Sözleşmesel Düzenlemeler: Gerçekleşme Biçimleri, Boyutları, Nedenleri, Yasal Nedenleri ve İSG Üzerindeki Etkisi* (1. bs. ILO 2016).

Ulusoy M E, *İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Örgütlenme Yükümlülüğü* (Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2013).

Yamakoğlu E, *İşverenin İşyeri Hekimi İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü* (1. bs. Seçkin Yayıncılık 2016).

Yener M Z, *İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borcunda Temerrüt* (1. bs. Yetkin Yayınevi 2020).

Yılmaz F, *Avrupa Birliği ve Türkiye 'de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye 'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi* (İstanbul Üniversitesi Yayınlanmış-Yüksek Lisans Tezi 2009).

Yılmaz F, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Önleyici Yaklaşım ve İşverenin Yükümlülükler' (2018) 24/25 [6/1-2] TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 56.

Yorulmaz Ç, 'Meslek Hastalıklarının Önlemeye Yönelik Denetim Yükümlülükleri Kapsamında Liste Yönteminin Etkisi', (2023) 3 [2] Kırıkkale Hukuk Mecmuası 167.

Çevrimiçi Kaynaklar

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG (Erişim Tarihi: 12.06.2023).

<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/community-charter-of-fundamental-social-rights-of-work-ers.html> (Erişim Tarihi: 23.06.2023).

https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm. (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

<https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-frameworkdirective/1#:~:text=The%20aim%20of%20this%20Directive,or%20certain%20civil%20protection%20services> (Erişim Tarihi: 22.07.2023).

<https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3678.pdf> (Erişim Tarihi: 11.07.2023).

<https://www.turkhukuksitesi.com/mevzuat.php?mid=1253> (Erişim Tarihi: 17.07.2023).

<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim Tarihi: 14.07.2023).

Yargı Kararları

Yargıtay 7.HD, T.07.03.2015, E.2015/6045, K.2016/5519, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=214&t=349523> (Erişim Tarihi: 29.07. 2022).

Yargıtay HGK, T.09.10.2013, E.2013/21-102, K.2013/1456, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 09.12.2022).

Yargıtay 21.HD, T.15.04.2019, E.2018/5018, K.2019/ 2931, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/21-hukuk-dairesi-e-2018-5018-k-2019-2931-t-15-4-2019> (Erişim Tarihi: 12. 08.2020).



Yargıtay 22.HD, T.19.02.2019, E.2017/20315, K.2019/3657, <https://www.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 30.08.2024).

Yargıtay 9. HD, T.12.11.2018, E.2018/5470, K.2018/20239, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html> (Erişim Tarihi: 01.09.2024):

Yargıtay 10.HD, T.07.07.2014, E.2014/10054, K.2014/15408 <https://legalbank.net/belge/hukuk-muhakemeleri-kanunu-madde-5/1326570/ilgili-mahkeme-kararlarlari/yargitay-kararlari> (Erişim Tarihi: 30.08.2024).

Yargıtay 22.HD, T.01.11.2011, E.2011/1581, K.2011/3732 <https://legalbank.net/belge/hukuk-muhakemeleri-kanunu-madde-57/1326682/ilgili-mahkeme-kararlari/yargitay-kararlari> (Erişim Tarihi: 30.08.2024).

Yargıtay 22.HD, T.29.09.2014, E.2014/25416, K.2014/26000, <http://kazanci.com.tr/gunluk/22hd-2014-25415htm> (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Effect of Collective Bargaining Agreement on Employment Contract

Aslı NANEÇİ ARICI*

Özet

Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ve işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri içerir. Toplu iş sözleşmesi kendine özgü özel hukuk sözleşmesidir. Toplu iş sözleşmesi iş sözleşmeleri üzerinde emredici etkiye sahiptir. Toplu iş sözleşmelerinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmelerine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesi hükümleri alır. Fakat taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde yer alan toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı hükümler işçi yararına ise geçerliliğini korur. Buna yararlılık ilkesi denir.

Anahtar Kelimeler: iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işçi, işveren, sendika.

Abstract

A collective labor agreement is an agreement made between a labor union and an employer union or an employer who is not a union member, to regulate the issues regarding the conclusion, content and termination of the employment contract. The collective labor agreement contains provisions regulating the mutual rights and obligations of the parties and the methods to be used for the implementation, supervision and resolution of disputes. Collective labor agreement is a unique private law agreement. Collective labor agreements have a mandatory effect on employment contracts. Unless otherwise stated in collective labor agreements, employment agreements cannot contradict collective labor agreements. Provisions of employment contracts that contradict the collective labor agreement are replaced by the provisions of the collective labor agreement. However, the parties may decide otherwise. Provisions in the employment contract that contradict the provisions of the collective bargaining agreement remain valid if they are for the benefit of the employee. This is called the principle of utility.

Keywords: labour agreement, collective labor agreement, worker, employer, union.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 26.07.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ananeci@erciyes.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9143-487X>.

GİRİŞ

Toplu iş sözleşmesi, hukuki, ekonomik ve sosyal açıdan önemli bir kurumdur. Sendikalar, toplu iş sözleşmeleri yoluyla üyelerinin sosyal, ekonomik durumları ve çalışma şartlarına ilişkin düzenlemeler yaparlar. Günümüzde çalışma ilişkileri giderek artan bir şekilde toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenmekte ve toplu iş sözleşmeleri de işçi ve işveren ilişkilerinde başvurulacak ana kaynak haline gelmektedir. Bu durum Anayasa m. 53/I'de de *“İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmelerinin nasıl yapılacağı Kanunla düzenlenir”*, hükmüyle ifade edilmektedir. Bu doğrultuda toplu iş sözleşmesinin tarafları kendilerine tanınan alan çerçevesinde kural koyma yetkisine sahip olmakla birlikte, toplu iş sözleşmelerinde istedikleri hükümlere yer veremezler. İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptir. Söz konusu amaç, toplu iş sözleşmesinin konu açısından içeriğini belirler. Toplu iş sözleşmesinin konusu 6356 sayılı Kanun m. 33/I ve II. fıkralarında şu şekilde belirtilmiştir; *“Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler içerir. Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümler de içerebilir”*.

Toplu iş sözleşmesi, kapsamında olan iş sözleşmeleri üzerinde norm etkisi gösterir. Norm etkisi iki şekilde ortaya çıkar. İlk olarak iş sözleşmeleri aksi belirtilmedikçe toplu iş sözleşmelerine aykırı olamaz. Buna emredici etki denir. İkinci olarak da iş sözleşmesinde düzenlenmeyen konularda toplu iş sözleşmesi hükümleri kendiliğinden uygulanır. Buna da doğrudan etki denir. Toplu iş sözleşmeleri doğrudan ve emredici etkisiyle kapsamına giren iş sözleşmelerini etkiler ve kendiliğinden uygulanır. Doğrudan etki, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin bireysel iş ilişkisini Kanun gibi bu ilişkinin taraflarının rızaları veya bilgilerine gerek olmadan düzenlemesi, iş sözleşmesinde düzenlenmemiş konularda toplu iş sözleşmesindeki kuralların uygulanmasıdır. Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi ise iş sözleşmesi taraflarının toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler kararlaştıramamaları, toplu iş sözleşmesine aykırı iş sözleşmesi hükümlerinin yerine toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasıdır. Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı kısmını sözleşmenin geçerliliğine dokunmaksızın ortadan kaldırır. Söz konusu etki toplu iş sözleşmesinden önce yapılmış iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olmasını engellediği gibi iş sözleşmesine sonradan toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler eklenmesini ve yeni yapılan iş sözleşmelerinin içeriklerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı olarak oluşturulmasını da engeller. 6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmeleri üzerindeki emredici etkisini mutlak olarak düzenlememiş, bazı istisnalar getirmiştir. Emredici etkinin ilk istisnası, bu etkiyi, toplu iş sözleşmesi taraflarının iradeleri ile

ortadan kaldırılabilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin uygulanmaması konusundaki ikinci istisna ise, tarafların iradelerinden bağımsızdır ve Kanun'dan doğmaktadır. Toplu iş sözleşmesine aykırı iş sözleşmesi hükümleri toplu iş sözleşmesi hükümlerine nazaran işçinin daha lehine oldukları takdirde geçerlidir. 6356 sayılı Kanun madde 36 ilk fıkrasındaki iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı olmayacağına ilişkin kural, iş sözleşmesindeki hükmün toplu iş sözleşmesine oranla işçinin daha lehine olduğu takdirde uygulama alanı bulamaz. İşçi lehine hüküm kuralına göre, toplu iş sözleşme hükümlerinin iş sözleşmesi karşısındaki önceliği, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesine oranla işçinin daha yararına olması haline ilişkindir. İş sözleşmesindeki hükümler işçinin daha yararına olduğu takdirde toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi uygulama alanı bulamaz ve bu durumda iş sözleşmesi hükümleri toplu iş sözleşmesi karşısında önceliğe sahip olur. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmeleri karşısındaki emrediciliği mutlak nitelikte bir emredicilik olmayıp nispi bir emrediciliktir.

Bu kapsamda öncelikle toplu iş sözleşmesinin niteliği, kapsamı ve bölümlerine yer verilmiş daha sonra da iş sözleşmesi ile ilişkisi ve iş sözleşmesi üzerindeki etkisi, emredici etki, doğrudan etki gibi ayrımlar yapılarak incelenmiştir.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMELRİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE İÇERİĞİ

Ülkemizde toplu iş sözleşmesi ilk olarak 1926 tarihli Borçlar Kanunu'nun 316-317. maddelerinde umumi mukaveleye ilişkin hükümlerle düzenlenmiştir. Buna göre, "İş Sahibi kimselerin veya cemiyetlerin, işçilerle veya cemiyetleriyle yaptıkları mukavelede hizmete müteallik hükümler vazolunabilir. Bu umumi mukavele, tahriri olmadıkça muteber değildir. Alakadarlar bu mukavenenin müddetinde ittifak edemezlerse, bir sene mürurundan sonra altı aylık müddet için yapılacak bir ihbar ile her zaman mukaveleyi feshedebilirler". Umumi mukavenenin hükmü ise 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 317. maddesinde açıklanmıştır. Söz konusu maddeye göre, "Umumi bir mukavele ile bağlı bulunan iş sahipleriyle işçiler arasında yapılacak hususi hizmet akitlerinin, umumi mukaveleye muhalif hükümleri batıldır. Bu batıl hükümlerin yerine, umumi mukavele hükümleri kaim olur". Umumi mukavele muhteva, şekil ve iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi açısından toplu iş sözleşmeleri ile benzerlikler göstermektedir. Fakat söz konusu hükümler bugünkü toplu iş sözleşmesi hükümleriyle tam olarak örtüşmemektedir¹. Şöyle ki bir grup işçi işvereni ile her zaman umumi mukavele yapabilir, ancak bu mukavenenin bağlayıcılığını sağlayan toplu iş sözleşmesine ilişkin özellikler umumi mukavelede yoktur². 6098

¹ Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku (7.bs Seçkin Yayıncılık 2022) 239; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Toplu İş İlişkileri (3. Bs Beta Yayıncılık, 2016) 323.

² Kadir Arıcı, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku, (1.bs Gazi Kitabevi, 2022) 227; Nar-

sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda zaten bu hükümlere yer verilmemiştir.

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesi hakkı anayasal düzeyde ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenmiştir. Daha sonra 1982 Anayasası da toplu iş sözleşmesi yapma hakkını düzenlemiştir. Toplu iş sözleşmesi yapma hakkı, 1982 Anayasası'nın Sosyal Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığını taşıyan 53. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir". Anayasa'da toplu iş sözleşmesi yapma hakkı işçilere tanınmış olmasına rağmen 6356 sayılı Kanun bu hakkın kullanımını işçiler adına işçi sendikalarına tanımıştır³.

A. Toplu İş Sözleşmesinin Tanımı

Toplu iş sözleşmesinin tanımı, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 2. maddesinde yer almaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmesi "İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi ifade eder". Ayrıca Kanun'un 33. maddesinde ise "Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmesinin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir", hükmüne yer verilmiştir.

B. Toplu İş Sözleşmesinin İçeriği

Toplu iş sözleşmesi, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla imzalanan bir sözleşmedir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin içeriği de işçilerin çalışma şartlarından, ücret ve sosyal haklarına ilişkin hükümlerden oluşur⁴.

manlioğlu (n1) 323.

³ Sümer (n1) 240; Arıcı (n1) 218.

⁴ Arıcı (n2) 229; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, (8.bs Turhan Kitabevi, 2019) 250; Burak Karakoç, 'Toplu İş Sözleşmesinin Sona Ermesi', (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2022) 9; Didem Yardımcıoğlu, 'Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı', (Yüksek Lisans Tezi Dicle Üniversitesi, 2014) 22; Olgun Portakal, 'Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması', (Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi 2007) 6; İsmail Ekici, 'Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı', (Yüksek Lisans Tezi Gazi Üniversitesi, 2007) 9; Bilgen Öyküm Demirtaş, 'Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma', (Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi, 2009) 8; İrem Yayvak, Toplu İş Sözleşmesinin ArtEtkisi, (TürkAlmanHukukuKarşılaştırmalı), (1. bs BetaYayıncılık, 2014) 87; MuratKandemir, 'Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı', <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2576241169>, erişim tarihi, 20.09.2023 169; Sayım Yorgun, 'Sosyal Politika Açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu', (2013) 4, Çalışma ve Toplum 372; İbrahim Subaşı, 'Toplu İş Sözleşmesinin Taraflarla Değiştirilmesi', <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/316427>, erişim tarihi, 20.09.2023 993; İbrahim Subaşı, '6356 Sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Toplu İş Sözleşmesi', <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/787637>, erişim tarihi, 21.09.2023 612; Türker Topalhan/Bülent Bayat/Şerafettin Güler, 'Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak Kavramı',

STİSK'nun 33. maddesinde toplu iş sözleşmesinin içeriğine yer verilmektedir. Buna göre toplu iş sözleşmesi tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini uyumsuzlukların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümler içerir. Bu doğrultuda toplu iş sözleşmeleri normatif (düzenleyici) bölüm ve borçlar hukukuna ilişkin (borç doğurucu) bölüm olmak üzere iki bölümden oluşur⁵.

1. Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Kısmı

Toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmına düzenleyici bölüm de denilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı; iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenleyen kısımdır⁶. 6356 sayılı Kanun 33. mad-

2 Çalışma İlişkileri Dergisi, 2; Sayım Yorgun, 'Sosyal Politika Açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu', (2013) 4 39 Çalışma ve Toplum 378; Ertuğrul Yuvalı ve Tuğçe Yaba, 'Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi', (2022) 4 67 Çalışma ve Toplum 2147; Nuri Çelik, 'Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılın Sorunlar', (2011) 4 [31] Çalışma ve Toplum 17; Şerefettin Güler, 'Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler', (2008) 21 [4] Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi 45; Ercan Akyiğit, 'Toplu İş Sözleşmesinin Süresi İle İlgili Bazı Düşünceler', (2009) Sicil İş Hukuku Dergisi 134; Fevzi Demir, 'Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması', (2006) 2 Sicil İş Hukuku Dergisi 95; Kadriye Bakırcı, 'Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi', (2007) 5 Sicil İş Hukuku Dergisi 109; İlhan Doğan, 'Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma' (2010) 5 [19] Sicil İş Hukuku Dergisi 100; Hakan Keser, 'Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi', (2007) 6 Sicil İş Hukuku Dergisi 112; Fevzi Şahlanan, 'İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi' (2011) 23 Sicil İş Hukuku Dergisi 145; Ender Kızılray, 'Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen Düzenlemelerin Kapsam Dışı Personele Uygulanabilirliği' (2012) 157; Uygur Bostancı, 'Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Feshe İlişkin Hükümlerin Feshin Geçerliliğine Etkisi' (2011) 22 Sicil İş Hukuku Dergisi 143; Turhan Esener ve Ender Demir, 'Toplu İş Hukuku -Toplu İş Sözleşmesi-', (12.bs Vedat Kitapçılık 2019) 34; Ömer Ekmekçi, 'Toplu İş Hukuku Dersleri', (5.bs On İki Levha Yayınları 2022) 268; Narmanhoğlu, (n2) 313; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, 'Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı (1.bs Vedat Kitapçılık 2018) 42; Fevzi Şahlanan, 'Toplu İş Hukuku Sendikalar Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt', (1.bs On İki Levha Yayıncılık 2020) 314; Aziz Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal Toplu İş Hukuku, (8.bs Beta yayıncılık 2023) 180.

⁵ Nuri Çelik vd., İş Hukuku Dersleri, (36.bs Beta Yayıncılık 2023) 982; Arıcı, (n3) 229; Sur, (n1) 250; Merve Aliç, 'Toplu İş Sözleşmesi Ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi', (Yüksek Lisans Tezi Çağ Üniversitesi, 2022) 10; Karakoç, (n1) 9; Yardımcıoğlu, (n1) 22; Barış Duman, '2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanununa Göre Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi', (Doktora Tezi Marmara Üniversitesi, 2004) 21; Portakal, (n1) 7; Ekici, (n1) 9; Demirtaş, (n1) 8; Yayvak, (n1) 92; Kandemir, (n1) 170; Ercan Akyiğit, 'Toplu İş Sözleşmesinin Süresiyle İlgili Bazı Düşünceler', (2009) Sicil 134; Yuvalı ve Yaba, (n1) 2147; Çelik, (n1), 17; Güler, (n1) 46; Demir, (n1) 95; Bakırcı, (n1) 109; Tankut Centel, 'Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları', (2010) 17 Sicil İş Hukuku Dergisi 212; Keser, (n1) 112; Nizamettin Aktay, 'Toplu İş Sözleşmesinin Bitimi İle Hizmet Akdi Hükümü Olarak Uygulanmaya Devam Eden Alacaklara İlişkin Faiz' (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi 220; Bostancı, 'Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Feshe İlişkin Hükümlerin Feshin Geçerliliğine Etkisi', 143; Ahmet Nizamettin Aktay ve Olgu Özdemir Ertürk, 'Toplu İş Hukuku', (3.bs Seçkin Yayınevi 2022) 140; Esener ve Demir, (n1) 34; Narmanhoğlu, (n3) 374; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n1) 42; Şahlanan, (n1) 317; Tuncay vd., (n1) 205.

⁶ Çelik vd. (n1) 982; Arıcı, (n4) 229; Sur, (n2) 250; Aliç, (n1) 11; Karakoç, (n2) 9; Yardımcıoğlu, (n2) 22; Duman, (n1) 22; Ali Rıfat Aykan, 'Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Yorumu',



desinin 1. fıkrasında toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerdiği ifade edilmektedir. Normatif kısım, toplu iş sözleşmesinin zorunlu kısmını oluşturur⁷. Fakat burada iş sözleşmesini düzenleyen konulardan tümünün bulunması gerekmez. En az birinin düzenlenmesi yeterlidir⁸. Örnek olarak sözleşmede ücret zammına yer verilmesi durumunda bu sözleşme toplu iş sözleşmesi olarak kabul edilir⁹. 6356 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, toplu iş sözleşmeleri iş sözleşmeleri üzerinde emredici etkiye sahiptir. Toplu iş sözleşmesinin tarafları, düzenleyici bölüme koyacakları hükümler ile kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla hukuk kuralı ortaya çıkarırlar¹⁰.

Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde bazen kanuni düzenlemelere de yer verildiği, kanun hükümlerine atıf yapıldığı görülür. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan bu kanun hükümlerine nötr hükümler adı verilir. Bunlar da normatif hükümler arasında yer alırlar¹¹. Kanun hükümlerine toplu iş sözleşmesi metninde yer verilmesi işçiler açısından bilgilendirici ve eğitici olur. Bu hükümlere toplu iş sözleşmesinde yer verilmesinin amacı işçilerin söz konusu hükümlere dikkatlerini çekip, onlara kolaylık sağlamaktır. Aynı zamanda bu hükümlerle işveren, hem kamu hukukundan doğan ceza tehdidi olan bir yükümlülükle hem de sözleşmesel nitelik kazanmasın-

(Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi 1988) 11; Talat Canbolat, 'Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı', (Doktora Tezi Marmara Üniversitesi, 1998) 90; Portakal, (n1) 7; Ekici, (n2) 9; Demirtaş, (n2) 8; Yayvak, (n2) 92; Kandemir, (n2) 170; Yuvalı ve Yaba, (n2) 2147; Çelik, (n2) 17; Güler, (n2) 46; Akyiğit, (n1) 134; Demir, (n2) 95; Keser, (n2) 112; Kızılray, (n1) 157; Aktay, (n1) 220; Bostancı, (n1) 143; Fevzi Demir, 'Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi', (2017) 8 Sicil İş Hukuku Dergisi 118; Emre Ertan, 'Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu', (2018) 40 Sicil İş Hukuku Dergisi 81; Aktay ve Özdemir Ertürk, Toplu İş Hukuku, 141; Esener ve Demir, Toplu İş Hukuku –Toplu İş Sözleşmesi, 34; Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 376; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, (7.bs Seçkin Yayınları, 2019) 659; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n2) 42; Şahlanan, (n2) 317; Tuncay vd., (n2) 209.

⁷ Sümer, (n2) 241; Arıcı, (n5) 230; Sur, (n3) 250; Aliç, (n2) 11; Karakoç, (n3) 9; Yardımcıoğlu, (n3) 23; Duman, (n2) 22; Aykan, (n1) 11; Portakal, (n2) 7; Ekici, (n3) 9; Demirtaş, (n3) 8; Yayvak, (n3) 92; Yuvalı ve Yaba, (n3) 2147; Çelik, (n3) 17; Akyiğit, (n2) 134; Keser, (n3) 112; Aktay, (n2) 220; Demir, (n3) 118; Esener ve Demir, (n2) 34; Narmanlıoğlu, (n4) 376; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n3) 42; Şahlanan, (n3) 317; Tuncay vd., (n3) 207.

⁸ Çelik vd., (n2) 983; Sümer, (n3) 241; Karakoç, (n4) 9; Yardımcıoğlu, (n4) 23; Portakal, (n3) 7; Ekici, (n4) 10; Demirtaş, (n4) 8; Yuvalı ve Yaba, (n4) 2147; Demir, (n4) 121; Esener ve Demir, (n3) 34; Narmanlıoğlu, (n5) 376; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n4) 47; Şahlanan, (n4) 317.

⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n5) 47.

¹⁰ Sümer, (n4) 241; Sur, (n4) 250; Aliç, (n3) 11; Yardımcıoğlu, (n5) 23; Portakal, (n4) 7; Yuvalı ve Yaba, (n5) 2147; Çelik, (n4) 17; Keser, (n4) 112; Kızılray, (n2) 157; Aktay, (n3) 220; Demir, (n5) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, Toplu İş Hukuku, 141; Esener ve Demir, Toplu İş Hukuku –Toplu İş Sözleşmesi, 34; Narmanlıoğlu, (n6) 376.

¹¹ Arıcı, (n6) 232; Aliç, (n4) 11; Yuvalı ve Yaba, (n6) 2148; Keser, (n5) 113; İbrahim Subaşı, 'Sendikası Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması' (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi 172; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n1) 143; Esener ve Demir, (n5) 37; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n6) 97; Şahlanan, (n5) 320; Tuncay vd., (n4) 228.

dan dolayı özel hukuktan doğan bir yükümlülükle karşı karşıya kalır¹².

a. İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümlerle çalışma mevzuatının nispi emredici hükümleri işçi lehine olarak toplu iş sözleşmesinin taraflarınca farklı şekilde düzenlenebilir¹³. Toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin hükümleri, iş sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler içerebilir. İş sözleşmesinin yapılmasının yasaklanmasına ilişkin ya da iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin hükümler de içerebilir¹⁴. Örneğin toplu iş sözleşmesinde belirli işlerde bazı kişilerin (kadın işçi, küçük işçi ya da vasıfsız işçi gibi) çalıştırılmaları yasaklanabilir. Yine aynı şekilde iş sözleşmelerinin yapılmasını emreden hükümler de konabilir. Toplu iş sözleşmesine bazı işçilerle iş sözleşmesi yapılmasına, sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin hükümler konabilir¹⁵. Kanun'da öngörülen oranın üzerinde engelli işçi çalıştırılmasına ilişkin hükümler konabilir¹⁶. Aynı şekilde iş sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler konabilir¹⁷. Bu bölüme kadın ya da küçük işçilerin belirli işlerde çalıştırılmayacaklarına, yeni işçi alınmasında önceden işyerinde çalışmış olanlara öncelik tanınmasına ilişkin hükümler konulabilir¹⁸.

b. İş Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmelerinin başlıca hükümleri iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerdir¹⁹. Toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerin sınırını tespit etme

¹² Yayvak, (n4) 108; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n2) 143; Esener ve Demir, (n6) 37; Şahlanan, (n6) 320.

¹³ Sur, (n5) 250; Barış Duman, '2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununa Göre Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi' (Doktora Tezi Marmara Üniversitesi, 2004) 25; Yardımcıoğlu, (n6) 23; Duman, (n1) 25; Aykan, (n2) 11; Demirtaş, "(n5) 13; Yayvak, (n5) 92; Demir, (n6) 95; Aktay, (n4) 220; Demir, (n7) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n3) 141.

¹⁴ Çelik vd., (n3) 983; Sur, (n6) 250; Duman, (n2) 25; Karakoç, (n5) 11; Yardımcıoğlu, (n7) 23; Aykan, (n3) 11; Canbolat, (n1) 92; Portakal, (n5) 11; Ekici, (n5) 11; Demirtaş, (n6) 13; Yayvak, (n6) 101; Keser, (n6) 112; Demir, (n8) 118; Esener ve Demir, (n7) 36; Ekmekçi, (n1) 279; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n7) 53; Şahlanan, (n7) 318; Tuncay vd., (n5) 209.

¹⁵ Çelik vd., (n4) 983; Sur, (n7) 250; Duman, (n3) 25; Karakoç, (n6) 11; Yardımcıoğlu, (n8) 23; Duman, (n4) 25; Aykan, (n4) 11; Canbolat, (n2) 92; Portakal, (n6) 11; Ekici, (n6) 11; Demirtaş, (n7) 13; Yayvak, (n7) 101; Demir, (n9) 95; Keser, (n7) 112; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n4) 144; Esener ve Demir, (n8) 36; Ekmekçi, (n2) 279; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n8) 53; Şahlanan, (n8) 318; Tuncay vd., (n6) 210.

¹⁶ Sur, (n8) 250; Karakoç, (n7) 11; Canbolat, (n3) 92; Portakal, (n7) 11; Ekici, (n7) 11; Demir, (n11) 95; Keser, (n8) 112; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n5) 144; Esener ve Demir, (n9) 36; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n9) 53; Şahlanan, (n9) 318; Tuncay vd., (n7) 210.

¹⁷ Yayvak, (n8) 98; Yuvalı ve Yaba, (n7) 2148; Demir, (n12) 95; Keser, (n9) 112; Demir, (n1) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n6) 144; Esener ve Demir, (n10) 36; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n10) 53; Şahlanan, (n10) 318; Tuncay vd., (n8) 210.

¹⁸ Demir, (n2) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n7) 144; Esener ve Demir, (n11) 36; Şahlanan, (n11) 318; Tuncay vd., (n9) 210.

¹⁹ Sur, (n9) 251; Duman, (n5) 25; Karakoç, (n8) 11; Yardımcıoğlu, (n9) 23; Duman, (n6) 25; Aykan,



yetkisi tarafların iradesine bırakılmıştır. Fakat irade hürriyeti prensibi kullanırken de kanunların çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmek gerekir²⁰. İş sözleşmelerinin içeriğine ilişkin hükümler ücret zamları, fazla çalışma ücreti prim, ikramiye, sosyal yardım gibi ödemelere ilişkin düzenlemelerden oluşur²¹. Ayrıca işyerinin düzenine ilişkin hükümler, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler de iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerdendir. Toplu iş sözleşmelerinin içeriğine ilişkin olarak konulacak hükümlerle fazla çalışma yapılmasına yönelik işçilerden onay alınabilir²². Bu anlamda iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler belli yasaklar içerebileceği gibi belli yükümlülükler de getirebilir. Aynı şekilde ücret, izin ve sosyal yardımlar dışında işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümler de iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler arasında kabul edilir. Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde yer alan işçi ve işveren ilişkilerine ilişkin hükümlerin de normatif kısma girdiğini kabul etmek gerekir. Örneğin sendika üyelerinin yönetime katılmaları, disiplin kurullarında görev almaları, işçinin işinin ve işyerinin değiştirilmesi gibi hükümler de normatif hükümler arasında kabul edilir²³.

İş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerden bir kısmı parasal hükümleri içerir. Bu hükümler kural olarak ancak taraf sendikanın üyesi olan işçilere uygulanır. Diğer işçiler ise belirli şartların gerçekleşmesi halinde (dayanışma aidatı ödemek şartıyla, teşmil yoluyla, sendikanın yazılı izni ile) bu hükümlerden yararlanabilirler. Fakat parasal konulara ilişkin olmayıp işyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümlerden tüm işçiler yararlanırlar²⁴. Örneğin spor tesisleri, kreş, servis araçları, yemekhane hizmetlerine ya da işyeri organizasyonuna ilişkin hükümlerden (iş süreleri ya da yıllık ücretli izni kullanma zamanı gibi) sendikalı sendikasız bütün işçiler yararlanırlar. İşyerlerinde işin yürütümü, birlik beraberlik sağlanması gibi sebeplerle bu durum önemlidir²⁵. Parasal konulara ilişkin olmayan hükümler bakımından işverenin işçiler arasında ayırım yapması eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder²⁶.

(n5) 12; Canbolat, (n4) 92; Portakal, (n8) 14; Demirtaş, (n8) 14; Yayvak, (n9) 103; Yuvalı ve Yaba, (n8) 2148; Keser, (n10) 113; Demir, (n3) 118; Esener ve Demir, (n12) 37; Ekmekçi, (n3) 279; Şahlanan, (n12) 318.

²⁰ Aktay ve Özdemir Ertürk, (n8) 146; Ekmekçi, (n4) 279; Tuncay vd., (n10) 220.

²¹ Çelik vd., (n5) 984; Arıcı, (n7) 269; Sur, (n10) 251; Duman, (n7) 25; Karakoç, (n9) 11; Yardımcıoğlu, (n10) 23; Duman, (n8) 25; Aykan, (n6) 12; Canbolat, (n5) 92; Portakal, (n9) 14; Ekici, (n8) 12; Demirtaş, (n9) 14; Yayvak, (n10) 104; Yuvalı ve Yaba, (n9) 2148; Keser, (n11) 113; Demir, (n4) 118; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n9) 146; Esener ve Demir, (n13) 37; Şahlanan, (n13) 320; Tuncay vd., (n11) 220.

²² Sümer, (n5) 242; Duman, (n9) 25; Ekici, (n9) 12; Yuvalı ve Yaba, (n10) 2148; Demir, (n5) 121; Esener ve Demir, (n14) 37; Tuncay vd., (n12) 220.

²³ Keser, (n12) 113; Tuncay vd., (n13) 220.

²⁴ Sur, (n11) 251; Arıcı, (n8) 269; Nüvit Gerek, 'Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma' (2009) 16 Sicil İş Hukuku Dergisi 138; Tuncay vd., (n14) 220.

²⁵ Sur, (n12) 252.

²⁶ Arıcı, (n9) 269.

c. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmelerinde, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlere yer verilebilir. Örneğin fesih bildirim sürelerinin artırılmasına ya da fesihten önce disiplin kurulu kararının alınmasına, işverenin fesih hakkının belli ölçüde kısıtlanmasına ve fesih şekline ilişkin hükümler konabilir²⁷. İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı genişletilebilir²⁸. Fakat işverenin iş sözleşmesini fesih yetkisi tamamıyla kaldırılmaz²⁹. Aynı şekilde fesih bildirim sürelerinin tamamıyla ortadan kaldırılması işverenin yönetim hakkına ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğundan toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmaz. Bu yönde bir düzenleme yapılsa bile geçerli olmaz³⁰. Toplu iş sözleşmesinin düzenleyici bölüm hükümlerinin kanunların mutlak emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir, nispi emredici hükümlerin ise aksi işçi yararına olmak şartıyla kararlaştırılabilir³¹. Örneğin İş K. m.21'in son fıkrasına göre geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen iş güvencesi hükümleri (söz konusu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri, işe iade tazminatları, işçiye arada geçen süreye ilişkin olarak ödenecek doğmuş ücret ve diğer haklar) emredici niteliğe sahiptir, toplu iş sözleşmeleriyle farklı şekilde düzenlenemez³². Kıdem tazminatına ilişkin olarak da 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olan 14. maddesine göre yıllık tazminat miktarının hesabında otuz günlük ücret tutarı ölçüsü artırılabilir fakat azaltılamaz.

2. Toplu İş Sözleşmesinin Borç Doğurucu Kısmı

6356 sayılı Kanun'un 33. maddesinin 2. fıkrasına göre toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak hükümleri içerebilir. Borç doğurucu kısım, toplu iş sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir³³. Toplu iş sözleşmesinin borç

²⁷ Çelik vd., (n6) 987; Duman, (n10) 31; Karakoç, (n10) 12; Yardımcıoğlu, (n11) 24; Duman, (n11) 30; Aykan, (n7) 14; Canbolat, (n6) 96; Portakal, (n10) 12; Ekici, (n10) 12-13; Demirtaş, (n10) 15; Yayvak, (n11) 120; Yuvalı ve Yaba, (n11) 2149; Keser, (n13) 114; Demir, (n6) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n10) 147; Esener ve Demir, (n15) 38; Ekmekçi, (n5) 282; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n11) 71; Şahlanan, (n14) 325; Tuncay vd., (n15) 222.

²⁸ Sümer, (n6) 242; Sur, (n13) 251; Karakoç, (n11) 12; Portakal, (n11) 12; Yayvak, (n12) 120; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n11) 147; Esener ve Demir, (n16) 38; Ekmekçi, (n6) 282; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n12) 74; Tuncay vd., (n16) 222.

²⁹ Sümer, (n7) 242; Karakoç, (n12) 12; Duman, (n12) 31; Ekici, (n11) 12-13; Yayvak, (n13) 120; Keser, (n14) 114; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n12) 147; Ekmekçi, (n7) 282; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n13) 74; Tuncay vd., (n17) 222.

³⁰ Yayvak, (n14) 122; Ekmekçi, (n8) 282; Tuncay vd., (n18) 222.

³¹ Sümer, (n8) 243; Karakoç, (n13) 12; Yayvak, (n15) 120; Şahlanan, (n15) 326.

³² Sur, (n14) 252; Karakoç, (n14) 12.

³³ Arıcı, (n10) 231; Alıç, (n5) 11; Duman, (n3) 32; Yardımcıoğlu, (n12) 24; Aykan, (n8) 15; Canbolat, (n7) 132; Portakal, (n12) 16; Ekici, (n12) 13-14; Kandemir, (n1) 170; Keser, (n15) 114; Aktay, (n5) 220; Demir, (n7) 121; Ertan, (n1) 81; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n13) 148; Esener ve Demir, (n17) 38; Ekmekçi, (n9) 282; Narmanlıoğlu, (n7) 377; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n14) 42; Şahlanan, (n16) 330; Tuncay vd., (n19) 224.



doğurucu bölümü, sadece toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında hüküm ifade eder³⁴. Bundan dolayı toplu iş sözleşmesinin tarafları borç doğurucu bölüme koyacakları hükümlerle işçileri borç altına sokamazlar³⁵. Toplu iş sözleşmelerinde tarafların en önemli borcu sözleşme hükümlerini iyi niyetle yerine getirme ve iş barışını korumadır³⁶. İş barışının korunması toplu iş sözleşmesi hukukunun temel ilkelerindedir³⁷. Dirlik borcu çalışma barışının korunmasına yönelik bir borçtur. Buna göre taraflar sadece toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıklarda grev ve lokavta başvurabilirler, bunun dışında mesela toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içerisinde taraflar bu yollara başvuramazlar. Bu durumun aksini toplu iş sözleşmesiyle de kararlaştıramazlar³⁸. Bununla birlikte tarafların arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için özel hakeme başvurma, uzlaştırma kurulları oluşturma, yardımlaşma sandığı kurma, izin kurulu oluşturma toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu bölümünde bulunabilecek konulardır³⁹. Aynı şekilde taraflar toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu bölümüne toplu iş sözleşmesinin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler de koyabilirler. Örneğin, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasından ve yorumlanmasından çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili toplu iş sözleşmesinin uygulanması noktasında sendikanın sorumluluğuna ilişkin hükümler konulabilir⁴⁰.

³⁴ Arıcı, (n11) 231; Alıç, (n6) 11; Duman, (n4) 32; Yardımcıoğlu, (n13) 24; Aykan, (n9) 15; Portakal, (n13) 16; Ekici, (n13) 13-14; Demirtaş, (n11) 12; Yayvak, (n16) 136; Kandemir, (n2) 170; Demir, (n13) 95; Keser, (n16) 114; Aktay, (n6) 220; Demir, (n8) 121; Ertan, (n2) 81; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n14) 148; Esener ve Demir, (n18) 38; Ekmekçi, (n10) 283; Narmanlıoğlu, (n8) 377; Sümer, (n1) 665; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n15) 42; Şahlanan, (n17) 330; Tuncay vd., (n20) 224.

³⁵ Sümer, (n9) 243; Alıç, (n7) 11; Duman, (n5) 32; Yardımcıoğlu, (n14) 24; Aykan, (n10) 15; Ekici, (n14) 13-14; Keser, (n17) 114; Aktay, (n7) 220; Demir, (n9) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n15) 148; Esener ve Demir, (n19) 38; Narmanlıoğlu, (n9) 377; Sümer, (n2) 665; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n16) 94; Şahlanan, (n18) 330; Tuncay vd., (n21) 224.

³⁶ Sur, (n15) 250; Karakoç, (n15) 13; Yardımcıoğlu, (n15) 24; Aykan, (n11) 15; Ekici, (n15) 13-14; Yayvak, (n17) 136; Keser, (n18) 114; Demir, (n10) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n16) 148; Esener ve Demir, (n20) 41; Narmanlıoğlu, (n10) 377; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n17) 94; Şahlanan, (n19) 330; Tuncay vd., (n22) 225.

³⁷ Sur, (n16) 258; Karakoç, (n16) 13; Yardımcıoğlu, (n16) 24; Aykan, (n12) 15; Canbolat, (n8) 134; Ekici, (n16) 13-14; Yayvak, (n18) 136; Keser, (n19) 114; Demir, (n11) 121; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n17) 148; Esener ve Demir, (n21) 41; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n18) 94; Şahlanan, (n20) 330; Tuncay vd., (n23) 225.

³⁸ Yardımcıoğlu, (n17) 25; Keser, (n20) 114; Esener ve Demir, (n22) 41; Şahlanan, (n21) 330; Tuncay vd., (n24) 225.

³⁹ Sümer, (n10) 243; Sur, (n17) 258; Arıcı, (n12) 231; Alıç, (n8) 11; Karakoç, (n17) 13; Yardımcıoğlu, (n18) 24; Aykan, (n13) 15; Canbolat, (n9) 135; Ekici, (n17) 13-14; Yayvak, (n19) 111; Keser, (n21) 114; Demir, (n12) 122; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n18) 150; Esener ve Demir, (n23) 41; Ekmekçi, (n11) 283; Narmanlıoğlu, (n11) 377; Sümer, (n3) 665; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n19) 94; Şahlanan, (n22) 331; Tuncay vd., (n25) 225.

⁴⁰ Karakoç, (n18) 14; Ekici, (n18) 13-14; Keser, (n22) 114; Demir, (n13) 122; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n19) 150; Esener ve Demir, (n24) 41; Ekmekçi, (n12) 283; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n20) 95; Şahlanan, (n23) 332; Tuncay vd., (n26) 226.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Toplu iş sözleşmeleri, özel hukuk tüzel kişisi olan işçi sendikaları ve yine özel hukuk tüzel kişisi olan işveren sendikaları veya tüzel ya da gerçek kişi olan işverenin karşılıklı birbirilerine uygun irade beyanlarıyla oluşturulan özel hukuk sözleşmesidir⁴¹. Tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla oluştuğundan bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Düzenledikleri konular da özel hukuka ilişkindir. Dolayısıyla özel hukuka dayanan bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Fakat diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklıdır⁴². Sözleşmenin taraflarına toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmeleri üzerinde kural koyabilme yetkisi verilmiş olduğundan toplu iş sözleşmeleri iş sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Bundan dolayı toplu iş sözleşmeleri kendine özgü özel hukuk sözleşmesi olarak ifade edilirler⁴³. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması özel şekil şartlarına tabidir. Toplu iş sözleşmesi ancak yetki belgesine sahip işçi sendikası ile işveren sendikası ya da işveren arasında yapılabilir. Toplu iş sözleşmesi muhtevası ve etkileri açısından diğer sözleşmelerden farklıdır. Şöyle ki toplu iş sözleşmesi, sözleşmenin tarafları açısından haklar ve borçlar doğurur fakat sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler açısından da haklar ve yükümlülükler getirir. Aynı şekilde kanun koyucu, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ve yürürlük süresi ile ilgili birtakım kısıtlamalara yer vermiştir. Örneğin, sözleşme süresinin uzatılmaması ve kısıtlanmaması gibi. Bundan dolayı da kendine özgü bir sözleşmedir⁴⁴. 6356 sayılı Kanun'un 80/II maddesi, "Toplu iş sözleşmeleri hakkında bu Kanunda Hüküm olmayan hallerde 4721 sayılı Kanun ve 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır", diyerek toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliğini ortaya koyar.

III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında akdedilen işçinin ücret karşılığı işverene bağımlı olarak çalışmayı üstendiği bireysel iş hukukuna ilişkin sözleşmedir. Toplu iş sözleşmeleri ise belirttiğimiz üzere işçi sendikası, işveren sendikası ya da sendikaya üye olmayan işveren arasında akdedilen çalışma barışını korumaya yönelik toplu iş

⁴¹ Sur, (n18) 249; Arıcı, (n13) 226; Aykan, (n14) 19; Portakal, (n14) 18; Ekici, (n19) 8; Demirtaş, (n12) 10; Ayhan Görmüş, "Toplu Pazarlık Düzeyleri", <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/667607>, erişim tarihi 21.09.2023 1; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n20) 134; Narmanlioğlu, (n12) 485; Şahlanan, (n24) 332; Tuncay vd., (n27) 233.

⁴² Karakoç, (n19) 14; Yardımcıoğlu, (n19) 26; Portakal, (n15) 18; Ekici, (n20) 8; Demirtaş, (n13) 10; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n21) 134; Tuncay vd., (n28) 233.

⁴³ Sümer, (n11) 241; Arıcı, (n14) 226.; Yardımcıoğlu, (n20) 26; Portakal, (n16) 18; Ekici, (n21) 8; Demirtaş, (n14) 10; Yayvak, (n20) 87; Kandemir, (n3) 169; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n22) 134; Narmanlioğlu, (n13) 485; Şahlanan, (n25) 332; Tuncay vd., (n29) 233.

⁴⁴ Arıcı, (n15) 226; Yardımcıoğlu, (n21) 26; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n23) 134; Ekmekçi, (n13) 387; Şahlanan, (n26) 332; Tuncay vd., (n30) 233.



hukuku alanına ilişkin sözleşmedir. Toplu iş sözleşmelerinin etki alanı daha geniştir. Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yerini alacak bir sözleşme olmamakla birlikte iş sözleşmesini dışardan idare eden kolektif sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için bireysel düzeyde iş ilişkisinin kurulmuş olması gerekir⁴⁵.

Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmelerine etkisinden söz ederken maddi anlamda kanun olarak kabul edilen sözleşmenin normatif hükümleri önem arz eder. Toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümleri taraflar arasında geçerli olduğundan bunların iş sözleşmesine etki etmesi pek mümkün değildir⁴⁶. Toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkileri üç türdür. Bunlar emredici etki, doğrudan doğruya boşluk doldurucu tamamlayıcı etki ve art etkidir⁴⁷. Çalışmamızda emredici ve tamamlayıcı etki açıklanmış fakat kapsam çok genişleyeceğinden art etkiden söz edilmemiştir.

A. İş Sözleşmesinin Toplu İş Sözleşmesine Aykırı Olamaması

Toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri üzerinde emredici etkiye sahiptir. Buna ilişkin hükümler 6356 sayılı Kanun madde 36'da düzenlenmektedir. Emredici etki Kanun'dan kaynaklanan bir etkidir⁴⁸. Kural olarak iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmelerine aykırı olamaz. Bunun aksi toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir. İş sözleşmelerinde düzenlenmeyen hususlarda ise toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanır⁴⁹. Söz konusu düzenleme tarafların toplu iş sözleşmeleri ile kanun koyucu gibi emredici hukuk kuralları koyabilme özgürlüğünü ortaya koyar. Böylelikle toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmı iş sözleşmelerini kanun gibi etkilemiş olur. Toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümler objektif hukuk kuralı olarak kabul edilir⁵⁰.

Toplu iş sözleşmelerinin emredici etkiye sahip olan kısmı düzenleyici yani normatif bölümdür⁵¹. İş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmeleri alır⁵². Fakat toplu iş sözleşmelerinin söz konusu emredici

⁴⁵ Sur, (n19) 317; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n24) 196.

⁴⁶ Aktay ve Özdemir Ertürk, (n25) 196-197; Tuncay vd., (n31) 302.

⁴⁷ Tuncay vd., (n32) 303.

⁴⁸ Sümer, (n12) 257; Arıcı, (n16) 267; Sur, (n20) 317; Esener ve Demir, (n25) 19; Ekmekçi, (n14) 387; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n21) 50; Tuncay vd., (n33) 302; Seda Ergüneş Emrağ, Yararlılık İlkesi (Türk ve Fransız Hukuku Karşılaştırmalı), (1.bs On İki Levha Yayıncılık 2022) 27; Polat Soyer, Toplu İş Sözleşmesinde Yararlılık İlkesi, (1.bs Ankara 1991) 18.

⁴⁹ Sur, (n317); Subaşı, (n1) 618; Doğan, (n1) 100; Kızılray, (n3) 157; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n26) 197; Esener ve Demir, (n26) 19; Ekmekçi, (n15) 387; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n22) 50; Şahlanan, (n27) 414; Ergüneş Emrağ, (n1) 27.

⁵⁰ Subaşı, (n2) 618; Kızılray, (n4) 157; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n27) 197; Esener ve Demir, (n27) 19; Ekmekçi, (n16) 387.

⁵¹ Sümer, (n13) Doğan, (n2) 100; Kızılray, (n5) 157; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n28) 197; Esener ve Demir, (n28) 19; Ekmekçi, (n17) 387; Narmanlıoğlu, (n14) 472; Sümer, (n4) 669; Ergüneş Emrağ, (n1) 111.

⁵² Sümer, (n14) 257; Arıcı, (n17) 267; Doğan, (n3) 100; Kızılray, (n,6) 157; Esener ve Demir, (n29)

etkisi, sadece mevcut olan ve yeni yapılacak iş sözleşmeleri üzerinde etkisi gösterir. Mevcut toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan iş sözleşmeleri açısından toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi bulunmaz⁵³. Belirtmeliyiz ki burada iş sözleşmesinden anlaşılan sadece taraflar arasındaki yazılı iş sözleşmesi değildir, iş sözleşmesi hükmü haline gelmiş işyeri uygulamaları ve işyeri koşulları bunun içine girer⁵⁴. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken işverenin bireysel olarak işçilerle anlaşarak toplu iş sözleşmesindeki hakları ya da zam oranlarını azalttıkları protokoller geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesi tarafları anlaşarak kazanılmış haklara dokunmamak şartıyla toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapabilirler. Fakat bu değişiklikler bireysel düzeyde işçilerle yapılamaz⁵⁵.

Toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünün emredici etkiye sahip olması kuralının birtakım istisnaları bulunmaktadır. Öncelikle taraflar toplu iş sözleşmesine hüküm koymak suretiyle toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünün emredici etkisini ortadan kaldıracırlar. Şöyle ki STİSK. m 36, iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı kuralını koyarken “aksi belirtilmedikçe” kaydına yer vermiştir. Bu hüküm gereği, toplu iş sözleşmesinin tarafları isterlerse sözleşmede açık olarak belirterek toplu iş sözleşmesine aykırı iş sözleşmesi yapılabileceğini kabul edebilirler⁵⁶. Bu halde toplu iş sözleşmesi hükümleri sadece iş sözleşmesinde hüküm bulunmayan durumlarda uygulanabilir⁵⁷. Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin tarafların iradesiyle ortadan kaldırılmasına toplu sözleşme uygulamasında hemen hemen hiç rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte Kanun’da böyle bir olanak düzenlenmiştir. Buna göre toplu iş sözleşmesi hükmünün emredici olmadığı sözleşmenin taraflarınca kararlaştırılabilir. Böylece iş sözleşmesi tarafları toplu iş sözleşmesine aykırı düzenleme yapabilirler. Fakat emredici etkinin ortadan kaldırılması sözleşmenin doğrudan etkisini etkilemez. Emredici etki ortadan kaldırılrsa bile iş sözleşmesinde düzenlenmeyen konularda toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanır⁵⁸. Çünkü doğrudan etki Kanun’dan doğan bir etkidir.

19; Ekmekçi, (n18) 387; Sümer, (n5) 669; Şahlanan, (n28) 414; Tuncay vd., (n34) 302; Ergünes Emrağ, (n2) 112.

⁵³ Sümer, (n15) 257; Ekmekçi, (n19) 387; Sümer, (n6) 669; Şahlanan, (n29) 414.

⁵⁴ Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, (n20) 388.

⁵⁵ “...Öte yandan davacı işçinin 31.08.2003 tarihinde imzaladığı ibraname de bu yönde geçersizdir. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmeleri mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle davacı işçiye ücretinin düşürüldüğü 01.09.2003 tarihi ile anlaşma tutanağının imzalandığı tarih arasında geçen süre için toplu iş sözleşmesinden doğan istek konusu hakların hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır”. Y9HD 12.07.2005 19012/24835, Ekmekçi, (n21) 388.

⁵⁶ Şahlanan, (n30) 417; Tuncay vd., (n35) 302.

⁵⁷ Sümer, (n16) 257; Kızılay, (n7) 157; Esener ve Demir, (n30) 25; Narmanlıoğlu, (n15) 473; Sümer, (n7) 669; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n23) 50; Şahlanan, (n31) 414; Tuncay vd., (n36) 302.

⁵⁸ Ekmekçi, (n22) 391; Sümer, (n8) 669; Şahlanan, (n32) 417.



Toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünün emredici etkisinin diğer bir istisnası ise iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümlerinin işçi yararına olmasıdır. Bu ilkeye yararlılık ilkesi denilir. Söz konusu ilke, STİSK. m. 26/1'de düzenlenir. Buna göre, iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümleri eğer işçi yararına ise geçerliliğini korur. Bu hüküm emredici niteliğe sahiptir ve taraflar aksini kararlaştıramazlar⁵⁹. Yararlılık ilkesi 1982 Anayasası'nda açık olarak düzenlenmemiştir. Fakat anayasal gücünü sözleşme özgürlüğünden alır⁶⁰. Bu ilke toplu iş sözleşmesi özerkliği ile işçinin sözleşme özgürlüğü arasındaki ilişkiyi düzenler⁶¹. İş sözleşmelerinin işçi yararına olan hükümlerinin geçerli olabilmesi için iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerinden önce ya da daha sonra yapılmış olmasının bir önemi yoktur⁶². İş sözleşmesi hükümlerinin mi yoksa toplu iş sözleşmesi hükümlerinin mi işçi yararına olduğu tespit edilirken sözleşmeler bir bütün olarak değil çatışan hükümler tek tek karşılaştırılarak belirlenmelidir⁶³. Örneğin iş sözleşmesinde toplu iş sözleşmesine göre daha az ücret kararlaştırılmışsa iş sözleşmesinin ücrete ilişkin bu hükmü uygulanmaz, işçiler toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış daha yüksek ücreti talep edebilirler⁶⁴.

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı olamayacağı kuralının müeyyideleri şu hallerde görülür: toplu iş sözleşmesi yapılırken mevcut olan iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümleri; toplu iş sözleşmesi yapılırken mevcut olan iş sözleşmesinde sonradan toplu iş sözleşmesine aykırı olarak yapılan değişiklikler; yeniden yapılan iş sözleşmelerinin zımnen bile olsa toplu iş sözleşmesine aykırı hükümleri; iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesi normatif hükümlerine karşı hile teşkil eden şartları bir sonuç meydana getirmezler⁶⁵.

1. Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Niteliği ve Yorumu

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin niteliğine ilişkin STİSK'nda hüküm yer alır. STİSK. m. 36'ya göre, "Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmelerine aykırı olmaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır". Hükümden toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmeleri üzerinde emredici etkiye haiz olduğu anlaşılmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı iş sözleşmelerini

⁵⁹ Sümer, (n17) 257; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n29) 199; Esener ve Demir, (n31) 25; Narmanhoğlu, (n16) 473; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n24) 50; Şahlanan, (n33) 418; Tuncay vd., (n37) 307.

⁶⁰ Soyer, (n1) 28.

⁶¹ Soyer, (n2) 76.

⁶² Sümer, (n18) 257; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n30) 199; Esener ve Demir, (n32) 25; Narmanhoğlu, (n17) 473; Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n25) 50; Şahlanan, (n34) 418; Tuncay vd., (n38) 307.

⁶³ Sümer, (n19) 257; Şahlanan, (n35) 418; Tuncay vd., T(n39) 307; Ergüneş Emrağ, (n3) 213.

⁶⁴ Esener ve Demir, (n33) 23; Tuncay vd., (n40) 307.

⁶⁵ Esener ve Demir, (n34) 23-24.

kanunlar gibi doğrudan doğruya emredici olarak etkiler⁶⁶. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri iş sözleşmeleri üzerinde kanun hükmü gibi kabul edildiğinden yorumu da objektif hukuk kurallarının yorumu gibi olur. Dolayısıyla kanun koyucunun iradesinin günümüz koşulları da dikkate alınarak normatif hükümlerin yorumu gibi düşünülmelidir. Tabi ki burada sözleşmelerin yorumunda kullanılan tarafların iradesini de göz ardı etmemek gerekir⁶⁷. Yargıtay da Borçlar Kanunu'nun 19. maddesindeki yorum esasının toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri için geçerli olamayacağı ve toplu iş sözleşmelerinin zaman içerisinde uygulanacağı sonucuna varmıştır⁶⁸.

2. Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin İş Sözleşmesine Doğrudan Doğruya ve Emredici Etkisi

Toplu iş sözleşmesi, kapsamına aldığı iş sözleşmeleri üzerinde norm etkisi gösterir. Norm etkisinin iki anlamı vardır. İlk olarak bu emredici etki şeklinde karşımıza çıkar. İş sözleşmesindeki hükümler aksi kararlaştırılmadıkça toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İkinci olarak da iş sözleşmesinde düzenlemeyen hususlarda toplu iş sözleşmesi hükümleri kendiliğinden uygulanır⁶⁹. İşyerlerinde iş sözleşmesi ile düzenlenmeyen konularda toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanır. Buna toplu iş sözleşmelerinin doğrudan etkisi denir. Dolayısıyla herhangi bir konuda iş sözleşmesinde hüküm yoksa toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa o konuya ilgili toplu iş sözleşmesi hükmü direk olarak uygulanır. Bu kural mülga 2822 sayılı Kanun m. 6/I'de "hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır" olarak ifade edilmişti. 6357 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesinin doğrudan etkisi açık olarak düzenlenmemektedir. Fakat toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi toplu iş sözleşmesine aykırı olan iş sözleşmelerinin yanında iş sözleşmesinde düzenlenmemiş konularda toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanmasını gerektirir⁷⁰. İş sözleşmesinde düzenlenmemiş olan çalışma şartlarına toplu iş sözleşmesinde düzenlenmiş hükümler uygulanabilir. Örneğin fazla çalışma süreleri ve fazla çalışma ücretleri iş sözleşmesi ile düzenlenmemişse toplu iş sözleşmesinin söz konusu konulara ilişkin hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanır⁷¹. Mesela iş sözleşmesinde ikramiye ödeneceğine ilişkin bir hüküm yokken toplu iş sözleşmesinde yılda iki aylık ücret tutarında ikramiye ödeneceğine ilişkin hüküm varsa doğrudan etkinin bir sonucu olarak toplu iş sözleşmesindeki

⁶⁶ Yargıtay da toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin objektif hukuk kuralları ve maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde olduklarını kabul etmiştir. YHGK 21.02.1975 227, Çelik vd., (n7) 1032.

⁶⁷ Çelik vd., (n8) 1033.

⁶⁸ YHGK 21.02.1975 227, Çelik vd., (n9) 1034.

⁶⁹ Ekmekçi, (n23) 386; Şahlanan, (n36) 416; Tuncay vd., (n41) 309.

⁷⁰ Sümer, (n20) 258; Sur, (n21) 317; Karakoç, (n20) 30; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n35) 196; Esener ve Demir, (n36) 19; Şahlanan, (n37) 416; Tuncay vd., (n42) 309.

⁷¹ Esener ve Demir, (n37) 19; Tuncay vd., (n43) 309.



hüküm uygulanır⁷². Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanabilmesi için işçilerin ve işverenin bireysel iş sözleşmelerinde bu durumu kararlaştırmalarına gerek yoktur. Bu hükümler uygulanırken işçilerin iradesi aranmadığı gibi işçinin toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümlerin kendisi açısından uygulanmaması yönündeki irade beyanı da geçerli olmaz, hükümler doğrudan uygulanır⁷³. Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesi üzerindeki doğrudan etkisinin yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmaya kadar devam edeceğini söyleyebiliriz⁷⁴. Ayrıca iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu süre içerisinde yapılmışsa toplu iş sözleşmesinin doğrudan etkisinden söz edebiliriz. Aynı şekilde iş sözleşmesi toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılmışsa artık toplu iş sözleşmesinin doğrudan etkisinden söz edemeyiz⁷⁵.

Toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmının iş sözleşmeleri üzerinde emredici niteliğe sahip olması Yargıtay kararında da “...toplular iş sözleşmeleri tarafların hakları ve borçları yanında asıl ve ağırlıklı olarak iş sözleşmesine uygulanacak normatif hükümleri içermektedir. Normatif hükümler emredici kanun hükmü gibi kapsamına aldığı iş sözleşmelerine uygulanırlar. Buradan çıkan sonuç ise iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı olamayacağıdır. İş sözleşmesindeki toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerin yerini toplu iş sözleşmesi hükümleri alacaktır”, şeklinde ifade edilmiştir⁷⁶. Toplu iş sözleşmelerinin emredici etkisi toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe işçi ve işveren arasında imzalanan iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı kuralıdır. Bu durum 6356 sayılı STİSK. m. 36/I’de “Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmelerine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesi hükümleri alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması halinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir”, ifade edilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin emredici etkisinin istisnaları da bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri, tarafların toplu iş sözleşmesine koyacakları bir hüküm ile toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünün emredici etkisini ortadan kaldıracaklarıdır. Diğer bir istisna ise yukarıda da bahsettiğimiz üzere, iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümlerin işçi yararına olmasıdır. Böyle bir durumda işçi yararına olan iş sözleşmesi hükümleri uygulanır⁷⁷.

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin emredici etkisine rağmen bu hükümlere aykırı iş sözleşmesi imzalanması halinde ne olacağına ilişkin Kanun’da

⁷² Ekmekçi, (n24) 387; Tuncay vd., (n44) 309.

⁷³ Karakoç, (n21) 32; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n31) 196; Esener ve Demir, (n38) 19.

⁷⁴ Sümer, (n21) 258; Karakoç, (n22) 32; Şahlanan, (n38) 416.

⁷⁵ Sümer, (n22) 258; Karakoç, (n32); Şahlanan, (n39) 416.

⁷⁶ Y22HD 03.12.2019 22313, Karakoç, (n23) 30.

⁷⁷ Şahlanan, (n40) 418.

hüküm bulunmamaktadır. Fakat öğretilde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, toplu iş sözleşmesine aykırı olarak yapılan iş sözleşmelerinin yokluk yaptırımına tabi olması gerekir⁷⁸. Bu görüşe katılmak mümkündür şöyle ki borçlar hukukunda kanunların emredici hükümlerine aykırı olarak yapılan sözleşmeler nasıl hukuk alanında hiç kurulmamış, yok olarak kabul ediliyorsa burada da Kanun'un emredici hükmüne aykırılık olduğundan yokluk yaptırımını kabul etmek doğru olur.

B. İş Sözleşmesinde Hüküm Olmayan Durumlarda Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanması

Toplu iş sözleşmelerinin, iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hükümleri de iş ilişkilerine uygulanır⁷⁹. İş sözleşmesinde hüküm olmayan durumlarda toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması toplu iş sözleşmesinin tamamlayıcı etkisi olarak ifade edilir⁸⁰. İş sözleşmesindeki boşluklara toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması STİSK. m. 36' da yer almamakla birlikte 2822 sayılı eski TİSGLK. m. 6/I hükmüne uygun olarak iş sözleşmesinde düzenlenmeyen konularda toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu husus daha önce ifade ettiğimiz toplu iş sözleşmesinin doğrudan doğruya ve emredici etkisinin doğal bir sonucudur⁸¹. İş sözleşmesi imzalanırken çalışma kurallarına ilişkin birtakım hükümler sözleşmeye konmamış olabilir. Söz konusu düzenlenmeyen hususlar toplu iş sözleşmesiyle düzenlenerek boşluklar doldurulmuş olur. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesi yürürlükte bulunduğu süre içinde sözleşme hükümlerinden feragat etmek mümkün değildir. İşçinin onayı olsa dahi toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmaması yoluna gidilemez⁸².

C. İş Sözleşmesinin İşçi Yararına Olan Hükümlerinin Geçerliliği İlkesi

STİSK'nun 36. maddesinin 1. fıkrası uyarınca toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması halinde iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir. Buna göre, iş sözleşmesi hükmü, toplu iş sözleşmesine aykırı olsa bile işçi yararına ise geçerliliğini korur. Bu hüküm yukarıda belirttiğimiz gibi toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin istisnasını oluşturur⁸³. Asıl olarak toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin ve yararlılık ilkesinin ana amacı işçinin korunmasıdır. Her iki kavram arasında bir denge kurulmalı şöyle ki iş sözleşmesi ile daha

⁷⁸ Karakoç, (n24) 32.

⁷⁹ Narmanlıoğlu, (n18) 476; Şahlanan, (n41) 418; Tuncay vd., (n45) 309.

⁸⁰ Arıcı, (n18) 268; Sur, (n22) 317; Narmanlıoğlu, (n19) 476; Tuncay vd., (n46) 309.

⁸¹ Çelik vd., (n10) 1035; Doğan, (n4) 100; Narmanlıoğlu, (n20) 476; Şahlanan, (n42) 418; Tuncay vd., (n47) 309.

⁸² Narmanlıoğlu, (n21) 476.

⁸³ Karakoç, (n25) 33; Yayvak, (n21) 172; Doğan, (n5) 100; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n32) 199; Ekmeççi, (n25) 396; Sümer, (n9) 670; Şahlanan, (n43) 418; Tuncay vd., (n48) 309; Ergüneş Emrağ, (n4) 213.

lehe koşullar elde edildiğinde toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin ve toplu iş sözleşmesi taraflarının zorlayıcı kural koyma yetkilerinin ortadan kalkması gerekir.

Ancak yararlılık ilkesi uygulanırken hangi hükmün işçinin yararına olduğunun tespit edilmesi önemlidir⁸⁴. Öğretide bunun tespitinde üç görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki sözleşme hükümlerinin tek tek karşılaştırılması görüşüdür⁸⁵. İkinci- si, hükümlerin bütün olarak karşılaştırılmasıdır⁸⁶. Son görüş ise sözleşme hükümlerinin belirli hak grupları oluşturularak karşılaştırılmasıdır⁸⁷. Bu görüşe göre iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesindeki benzer haklar grup yapılarak karşılaştırılır ve işçinin birtakım haklarında azalma olsa dahi çoğunluk haklar açısından daha avantajlı ise toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanır⁸⁸. Bu konuda Yargıtay uygulamasına baktığımızda 9. Hukuk Dairesinin ve 22. Hukuk Dairesinin farklı yönde kararlar verdikleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun da farklı tarihlerde farklı kararlar verdikleri görülür⁸⁹. Fakat ön kararlar üçüncü görüş doğrultusundadır. Yani işçinin temel ücretinin sendikaya üye olması halinde toplu iş sözleşmesinde belirlenen

⁸⁴ Karakoç, (n26) 33; Yayvak, (n22) 172; Doğan, (n6) 100; Aktay ve Özdemir Ertürk, (n33) 199; Ekmekçi, (n26) 396; Sümer, (n10) 670; Şahlanan, (n44) 418; Tuncay vd., (n49) 309; Ergüneş Emrağ, (n5) 213.

⁸⁵ Sur, (n23) 318; Şahlanan, (n45) 418.

⁸⁶ Ekmekçi, (n27) 374.

⁸⁷ Çelik vd., (n11) 1035.

⁸⁸ Yargıtay ücrette azalma öngören toplu iş sözleşmesi değişikliği protokolüne dayanarak ücret farkı talep eden işçinin talebini reddetmiş, her ne kadar protokolden sonra toplu iş sözleşmesi ile işçiye ödenecek olan yeni ücret işçinin iş sözleşmesinde yer alan ücretten düşük olsa da toplu iş sözleşmesinde yer alan tüm parasal menfaatlerin (giyim yardımı, gıda yardımı, ikramiye, ilave tediye gibi) birlikte gözetilerek sonuca varılması gerektiğine hükmetmiştir, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.12.1984, 11829; Ayrıca Yargıtay'a göre işyerinde iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi ikileminin ortaya çıkması durumunda işçinin iş sözleşmesine dayanarak istediği haklar ya da benzerleri toplu iş sözleşmesinde de düzenlenmişse iş sözleşmesi süresi içinde bunlardan sadece işçi yararına olanın uygulanması diğerinin uygulanmaması ya da aradaki farka hükmedilmesi gerekir. Herhalde ikisi birden uygulanmaz, Y9HD 27.12.1984 12106, Çelik vd., (n12) 1036-1037.

⁸⁹ HGK'nun 2018 yılında verdiği kararda, "Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere toptan yararlılıktan çok 5356 sayılı Kanun'un 36/1 maddesinin metninden anlaşılacağı üzere tek lehe hüküm olması yeterlidir. Toplu iş sözleşmesi ile verilen tüm haklar dikkate alındığında, işçi iş sözleşmesine göre daha avantajlı olabilir ise de bu tek başına yeterli değildir. Özellikle kök ücret konusunda iş sözleşmesi lehe ise kök ücretin yüksekliği, toplu iş sözleşmesindeki ücretle birlikte diğer sosyal hakları da etkileyeceğinden kök ücretin toptan bir etkisinin de olacağı açıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki yararlılık (işçi yararına şart) ilkesi, mutlak emredici niteliği ile toplu iş sözleşmesinde geçerli olan düzen ilkesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10, 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesindeki eşitlik ilkesinden önce uygulanır", ifadelerine yer verilmiştir. YHGK 16.05.2018 1073, Çelik vd., (n13) 1037. Ayrıca 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre ise, "...Davacı işçinin sendika üyesi olması üzerine toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı anda ücretin düşürüldüğü iddiasına dayalı olarak açılan dava Dairemizin önceki uygulamaları ve kararları doğrultusunda karara bağlanmış olsa da Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılması üzerine yeniden oluşan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Eylül 2020 tarihinde aldığı ilke kararı doğrultusunda ücretin düşürüldüğü iddiasına bağlı taleplerin reddi gerekeceğinden sözü edilen reddin dolaylı davalı yararına avukatlık ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemelidir", Y9HD 23.03.2021 2913, Çelik vd., (n14) 1038.

kök ücrete göre azalması durumunda parasal karşılığı olan haklar bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Buna göre işçinin temel ücreti sendikaya üye olduğu tarihten itibaren toplu iş sözleşmesine göre düşük olsa da ücret grubu haklar yönünden değerlendirme yapılmalı toplam yararlılık dikkate alındığında işçi lehine ise sorun olmadığı anlamına gelmelidir. 9. Hukuk Dairesi de 2021 yılında işçinin sendikaya üye olduktan sonra ücretinin düşürüldüğünü iddia ettiği davada bu doğrultuda bir karar vermiştir. Kararda *“Mahkemece davacının sendikaya üye olmadan önce sonraki dönemlere ait bordrolar ile toplu iş sözleşmesi birlikte ele alınarak davacı işçinin akçalı menfaatlerinde artış olup olmadığı belirlenmeli ve gelirden artışın meydana geldiğinin anlaşılması halinde davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir”*⁹⁰. Öğretide katıldığımız görüşe göre, yararlılık ilkesi uygulanırken sözleşme hükümleri birbirleriyle bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Aynı amaca yönelik hükümler gruplandırılarak değerlendirme yapılmamıştır. Bu şekilde işçinin birtakım haklarında azalma olsa da sonuçta işçi açısından toplam menfaatler değerlendirildiğinde daha avantajlı bir durum oluşuyorsa toplu iş sözleşmesi hükümleri işçiye uygulanmalıdır⁹¹. Nitekim Yargıtay’ın 22. Hukuk Dairesi’nin kapatılıp bu dairenin başkan ve üyelerinin 9. Hukuk Dairesi’nde görevlendirilmeleri sonucunda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İctihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 Toplantısında bu konu gündeme gelmiş ve toplam yararlılık ilkesi olarak *“Bireysel iş sözleşmesinde kararlaştırılan temel ücret işçinin üye olması halinde toplu iş sözleşmesinde öngörülen kök ücrete göre azaldığı halde parasal karşılığı olan haklar bir bütün olarak değerlendirilerek karşılaştırma yapılmalıdır”*, denilerek gruplar halinde kıyaslama yöntemi benimsenmiştir⁹².

1. İlkenin Amacı

Yararlılık ilkesinin amacı iş sözleşmeleri ile işçiye toplu iş sözleşmesinin ötesinde hak ve menfaatlerin tanınmasıdır. Bazı durumlarda işçiler, iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerinden daha fazla haklar imtiyazlar elde etmiş olabilirler⁹³. İş sözleşmesinin imzalanmasıyla işçilerin söz konusu haklarının korunabilmesi için yararlılık ilkesi önemlidir. 275 sayılı Kanun’da 6356 sayılı STİSK’ndan farklı olarak ancak aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümlerinin geçerli olacağı fakat bu durumun aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmişti⁹⁴. 6356 sayılı

⁹⁰ Y9HD 15.03.2021 6169, Çelik vd., (n15) 1038.

⁹¹ Sur, (n24) 320.

⁹² Bu görüş daha sonra Yargıtay kararlarında benimsenmiştir. Şöyle ki *“Davacı işçinin sendika üyesi olması üzerine toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı anda ücretinin düşürüldüğü iddiasına dayalı olarak açılan dava Dairemizin önceki uygulamaları ve kararları doğrultusunda karara bağlanmış olsa da Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin kapatılması üzerine yeniden oluşan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Eylül 2020 tarihinde aldığı ilke kararı doğrultusunda ücretin düşürüldüğü iddiasına bağlı taleplerin reddi gerekeceğinden”*, Y9HD 23.03.2021 2021/6633, Karakoç, (n27) 35.

⁹³ Çelik vd., (n16) 1038; Yayvak, (n23) 172; Tuncay vd., (n50) 309; Ergüneş Emrağ, (n6) 78.

⁹⁴ Çelik vd., (n17) 1039; Yayvak, (n24) 172; Ergüneş Emrağ, (n7) 78.



Kanun taraflara bu konuda serbest hareket etme imkânı tanımamıştır. Dolayısıyla bu ilkenin aksinin kararlaştırılması mümkün değildir.

2. İlkenin Uygulanma Zamanı

Yararlılık ilkesinin uygulanmasında iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesinden önce ya da sonra yapılmış olmasının önemi yoktur⁹⁵. Buna göre sözleşmenin olmadığı zamanda ya da eski sözleşmenin yürürlüğü sırasında yapılan bir iş sözleşmesindeki işçi yararına hüküm ile yeni toplu iş sözleşmesinden sonra yapılan bir iş sözleşmesindeki işçi yararına hüküm aynı niteliktedir⁹⁶. Fakat işçinin önceki toplu iş sözleşmesinin ard etkisi sebebiyle yararlanmakta olduğu haklar bu kapsamda değerlendirilmez⁹⁷.

D. İşçilere Toplu İş Sözleşmesinin Üzerinde Haklar Sağlanması

Yararlılık ilkesi, işverene işçilere toplu iş sözleşmesinin üzerinde haklar sağlanması zorunluluğu getirmez. Bu ilke söz konusu konuda taraflara sadece olanak tanır. Bunun kullanılması ise sözleşmenin taraflarına aittir. İşveren zaten her zaman için tek taraflı olarak işçilere toplu iş sözleşmesinin üstünde haklar sağlayan uygulamalar yapabilir⁹⁸. İşverenin toplu iş sözleşmelerinin üzerinde işçiye sağladığı haklar her türlü çalışma koşuluna ilişkin olabilir. Uygulamada en yaygın olanı ücrete ilişkindir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinin düzeni sağlama fonksiyonu ve işverenin çalışma ilişkisi içerisinde eşit işlem yapma borcu ücret dışındaki konularda farklılık yapılmasını pek mümkün kılmaz⁹⁹. İşveren bazı işçilere toplu iş sözleşmesiyle belirlenen ücretlerin üstünde farklı ücret sistemi uygulayabilir. Ücret konusunda işverenin eşit işlem yapma borcu mutlak olarak uygulanmaz¹⁰⁰. Ayrıca taraflar toplu iş sözleşmesine sözleşme farkının korunmasına yönelik kayıtlar koyabilirler. Bu kayıtlar, işverenin sendika üyesi olmayan işçilere toplu iş sözleşmesinde öngörülen haklara eşit haklar ya da bu hakların üstünde haklar sağlanması halinde bu hakların toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilere de tanınması zorunluluğunu ifade eder¹⁰¹. Toplu iş sözleşmesine bu tarz kayıtlar konulmuşsa tarafların bunlara uymaları gerekir. Bu kayıtlar işverenin işyerinde sendikanın gücünü kırmaya ve toplu iş sözleşmesinin etkinliğini ortadan kaldırmaya yönelik tutumlarını önleme açısından önemlidir. Fakat işverenin sendika üyesi olmayan işçilere tanıdığı söz konusu imkânlar sübjektif ve objektif ölçülere dayanıyorsa bunları geçerli olarak

⁹⁵ Çelik vd., (n18) 1039.

⁹⁶ Karakoç, (n28) 33.

⁹⁷ Çelik vd., (n19) 1039; Karakoç, (n29) 33; Yayvak, (n25) 172.

⁹⁸ Çelik vd., (n20) 1040; Karakoç, (n30) 35; Tuncay vd., (n51) 308; Ergüneş Emrağ, (8) 78.

⁹⁹ Çelik vd., (n21) 1041; Karakoç, (n31) 35; Tuncay vd., (n52) 309.

¹⁰⁰ Çelik vd., (n22) 1040; Karakoç, (n32) 35; Tuncay vd., (n53) 310; Ergüneş Emrağ, (n9) 78.

¹⁰¹ Çelik vd., (n23) 1040; Karakoç, (n33) 36; Tuncay vd., (n54) 310.

kabul etmek gerekir¹⁰².

SONUÇ

Toplu iş sözleşmeleri işçi sendikası, işveren sendikası ya da sendikaya üye olmayan işveren arasında imzalanan sözleşmelerdir. İmzalanan toplu iş sözleşmesi, sadece tarafları açısından değil, imzalayan sendikanın üyeleri açısından da hukuki sonuçlar meydana getirir. Meydana getirilen toplu iş sözleşmesi, taraflarını tıpkı kamu düzenini ilgilendiren hukuk kuralları gibi etki alanına alır. Bireysel iş sözleşmeleri ile meydana getirilen hükümlerin toplu iş sözleşmelerine aykırı olamayacağı 6356 sayılı STİSK. m. 36/I ile kabul edilmiştir. Toplu iş sözleşmesi iki kısımdan meydana gelir. Bunlardan ilki toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili düzenleyici bölümü, ikincisi ise borç doğurucu bölümüdür. Düzenleyici bölüm hükümlerinden ilki, iş sözleşmesinin yapılması ile ilgili hükümleridir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan iş sözleşmelerinin kimlerle, nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin hükümler kuruluş hükümleridir. İş sözleşmelerinin yapılışına dair hükümlerin de bir sınırı olmalıdır. Şöyle ki toplu iş sözleşmelerine bir işyerine alınma veya işyerinde kalmayı sendikanın iznine tabi tutan hükümler geçerli kabul edilemez. İş sözleşmesinin yapılışı ile ilgili hükümler genellikle şekil şartları ile ilgilidir. Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen şekil şartlarına aykırı olarak yapılan iş sözleşmeleri geçersiz kabul edilir. İş sözleşmesinin yapılması ile ilgili zorunluluk ve yasak içeren hükümler de kuruluş hükümleri içerisinde kabul edilir. Belirli işlerde çocuk işçi çalıştırılmasının yasaklanması ya da engelli hale gelerek veya askerlik nedeniyle ayrılan işçilerle iş sözleşmesi yapılması gibi yasak ve zorunluluklar getirilebilir. İş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler de toplu iş sözleşmesinin düzenleyici bölüm hükümleri arasında yer alır. İçerik normları bazı yasakları içerebileceği gibi borçlar da yükleyebilirler. İçerik normlarının önemli bir kısmını ücrete yönelik düzenlemeler oluşturur. Fazla çalışma ücretleri, yardım mahiyetinde yapılan ödemeler, prim, ikramiye, evlenme izni, doğum izni gibi düzenlemeler bunlar arasında yer alır. Toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen iş sözleşmelerinin feshinde ihbar sürelerini, kıdem tazminatlarını ve ihbar tazminatlarını düzenleyen hükümler iş sözleşmesinin son ermesine ilişkin hükümleri oluşturur. Bu hükümlerin de İş Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Bazı toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerini sona erdirebilme yetkisinin disiplin kurullarına bırakılması düzenlenmektedir. Böyle bir durumda disiplin kurulu kararı olmadan yapılan fesihlerin haksız fesih kabul edilmesi gerekir. Toplu iş sözleşmesinin ikinci bölümünü borç doğurucu hükümler oluşturur. Borç doğurucu bölüm sadece sözleşme taraflarına uygulanır ve düzenleyici bölümden farklı olarak zorunlu bir unsur değildir. Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesi üzerindeki etkisini ifade derken sadece maddi anlamda kanun sayılan sözleşmenin düzenleyici bölüm hükümleri

¹⁰² Çelik vd., (n24) 1040; Karakoç, (n34) 36; Tuncay vd., (n55) 309; Ergüneş Emrağ, (n10) 76.



dikkate alınmalıdır. Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu bölüm hükümlerinin iş sözleşmesi üzerinde etkisi olmaz. Toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi doğrudan doğruya ve emredici olmaktadır. Toplu iş sözleşmelerine iş sözleşmeleri üzerinde emredici etki tanınmasının sonuçları şu şekildedir; sözleşmenin yapılması sırasında var olan iş sözleşmeleri sonradan sözleşmeye aykırı olarak değiştirilemez, sözleşmeye aykırı yeni iş sözleşmesi yapılamaz, sözleşmenin yapılması sırasında var olan iş sözleşmelerinde toplu iş sözleşmelerine aykırı hükümler bulunuyorsa bu hükümler uygulanamaz. Toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmeleri üzerinde bağlayıcı olmasının istisnası işçi lehine şart ilkesidir. Buna göre toplu iş sözleşmesine aykırı iş sözleşmesi hükümleri eğer işçi yararına ise uygulanabilir. İşçi lehine şart ilkesi emredici bir hukuk kuralıdır. Buna aykırı düzenlemeler yapılamaz. Söz konusu ilkenin uygulanmasında iş sözleşmesinin önce ya da sonra yapılmış olması önemli değildir. Toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerinin yarışması durumunda toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri bir bütün olarak ele alınmaz. Hükümler ayrıştırılmalı ve hangi hüküm işçi lehine ise onun uygulanmasına karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

Aktay AN, “Toplu İş Sözleşmesinin Bitimi İle Hizmet Akdi Hükümü Olarak Uygulanmaya Devam Eden Alacaklara İlişkin Faiz”. Sicil İş Hukuku Dergisi. 14, (2009): 219-223.

— — ve Özdemir Ertürk O, Toplu İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Akyiğit E, “Toplu İş Sözleşmesinin Süresi İle İlgili Bazı Düşünceler”. Sicil İş Hukuku Dergisi. 13. (2009): 134-141.

Alıç M, “Toplu İş Sözleşmesi Ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi”. Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, (2022).

Arıcı K, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.

Aykan AR, “Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Yorumu”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi (1988).

Bakırcı K, “Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi. 5. (2007): 106-113.

Bostancı U, “Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Feshe İlişkin Hükümlerin Feshin Geçerliliğine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi. 22. (2011): 138-146.

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı . İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

Canbolat T, “Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi (1998).

Centel T, “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları”. Sicil İş Hukuku Dergisi . 17. (2010): 211-220.

Çelik N vd., İş Hukuku Dersleri . İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.

— —, “Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar”. Çalışma ve Toplum. 4-31. (2011): 11-24.

Demir F, “Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması” . Sicil İş Hukuku Dergisi . 2 . (2006): 93-113.

— —, “Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi” . Sicil İş Hukuku Dergisi . 8 . (2007): 110-125.

Demirtaş BÖ, “Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi (2009).

Doğan İ, “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”. Sicil İş Hukuku Dergisi . 5/ 19. (2010): 100-105.

Duman B, “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanununa Göre Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi”. Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi (2204).

Ekici İ, “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi (2007).

Ekmekçi Ö, Toplu İş Hukuku Dersleri. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.

Ergüneş Emrağ . Seda . Yararlılık İlkesi (Türk ve Fransız Hukuku Karşılaştırmalı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Ertan E, “Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu”. Sicil İş Hukuku Dergisi . 40. (2018): 76-96.

Esener T ve Demir E, Toplu İş Hukuku –Toplu İş Sözleşmesi . İstanbul: Vedat Kitapçılık . 2019.

Gerek N, “Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”. Sicil İş Hukuku Dergisi . 16. (2009): 137-143.

Görmüş A, “Toplu Pazarlık Düzeyleri”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/667607>, erişim tarihi, 21.09.2023: 1-11.

Güler Ş, “Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler” . Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi . 21/4 (2008): 41-65.

Kandemir MK, “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2576241169>, erişim tarihi, 20.09.2023: 167-214.



Karakoç B, “Toplu İş Sözleşmesinin Sona Ermesi”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi (2022).

Keser H, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi”. Sicil İş Hukuku Dergisi. 6. (2007): 106-123.

— —, “Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”. Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi (1992).

Kızıllay E, “Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen Düzenlemelerin Kapsam Dışı Personelle Uygulanabilirliği”. Sicil İş Hukuku Dergisi . 27. (2012): 157-161.

Kübra Yenisey D, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi . 18 . (2010): 165-174.

Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri . İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.

Portakal O, “Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması”. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi (2007).

Soyer P, Toplu İş Sözleşmesinde Yararlılık İlkesi, Ankara, 1991.

Subaşı İ, “6356 Sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/787637>, erişim tarihi, 21.09.2023: 595-653.

— —, “Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması”. Sicil İş Hukuku Dergisi . 14. (2009): 172-207.

— —, “Toplu İş Sözleşmesinin Taraflarca Değiştirilmesi”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/316427>, erişim tarihi, 20.09.2023: 989-1020.

Sur M, İş Hukuku Toplu İlişkiler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Sümer HH, İş Hukuku . Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

— —, İş Hukuku Uygulamaları . Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

Şahlanan F, Toplu İş Hukuku Sendikalar Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt . İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2020.

— —, “İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 23. (2011): 143-163.

Topalhan T, Bayat B ve Güler Ş, “Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak Kavramı”. Çalışma İlişkileri Dergisi.

Tuncay AC, Toplu İş Hukuku . İstanbul: Beta Yayıncılık. 2023.

— —, “Dirlik (Barışı Koruma) Borcu Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi . 33. (2015): 23-26.

Yardımcıoğlu D, “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”. Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi (2014).

Yayvak İ, Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi (Türk Alman Hukuku Karşılaştırmalı), İstanbul: Beta Yayıncılık . 2014.

Yorgun S, “Sosyal Politika Açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”. Çalışma ve Toplum . 4. (2013): 363-385.

Yuvalı E, ve Yaba T, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi”. Çalışma ve Toplum . 4-67. (2020): 2145-2159.

Yargıtay Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. (21.02.1975).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 22313 (03.12.2019).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 11829 (20.12.1984).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1073 (16.05.2018).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2913 (23.03.2021).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 6169 (15.03.2021).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 6633 (23.03.2021).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 39163 (25.12.2007).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1988/685 (14.09.1988).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 329 (02.04.1986).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1988/685 (14.09.1988).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1975/227 (21.02.1975).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 30806 (22.11.2006, 30806).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2792 (03.02.2014).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 10776 (08.12.1987).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 1984/9175 (25.10.1984).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 3452 (24.02.2009).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 6189/8750 (30.09.1985).



TASARIM HUKUKUNDA ÖNCEKİ KULLANIMDAN DOĞAN HAK

Prior Use Right in Design Law

Ömer Faruk KUNTOĞLU*

Özet

Patent ve tasarım hakları için söz konusu olan önceki kullanımdan doğan hak, ilk kez kanun hükmünde kararname döneminde Türk hukukuna girmiş olup 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da bazı değişikliklerle yer almıştır. Hakkın doğumunda menfaatler dengesi ve hakkaniyet hususları etkili olmuştur. Bu hak mutlak olmayıp istisnai olarak tanınmış nisbi bir haktır. Tasarım hakkı kapsamındaki önceki kullanımdan doğan hak, tescili için başvuru yapılan tasarımı, başvuru tarihinden önce kullanan veya kullanma konusunda gerçek ve ciddi tedbirler alan kimselere tanınmış bir haktır. Ayrıca, bu haktan yararlanmak isteyen iyi niyetli olması ve koruma kapsamındaki tasarımı tescil sahibinden bağımsız olarak geliştirmiş olması da gerekmektedir. Bu hak talep edildiğinde biri tescilli, biri tescilsiz olmak üzere iki tasarım karşımıza çıkar. Bu çerçevede, çalışmamızda tasarım hakkının çeşitleri ve koruma kapsamı gibi temel hususlar açıklandıktan sonra, önceki kullanımdan doğan hakkın kapsam ve koşulları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmada akademik eserlerden ve içtihatlardan yararlanılmış, ayrıca bazı kurgusal örneklere de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sınai Mülkiyet, Tasarım Hakkı, Tasarım Hakkının Sınırlanması, Ön Kullanım Hakkı, Önceki Kullanımdan Doğan Hak

Abstract

The right arising from prior use, which is the case for patent and design rights, was first introduced into Turkish law during the period of legislative decrees and was included in the Industrial Property Law No. 6769 with some changes. The balance of interests and equity issues were effective in the emergence of the right. This right is not absolute, but a relative right granted exceptionally. The right arising from prior use within the scope of design rights is a right granted to those who used the design for which registration application is made before the application date or who took real and serious measures to use it. In addition, the person who wants to benefit from this right must be in good faith and must have developed the design under protection independently of the registrant. When this right is requested, two designs, one registered and one unregistered, appear before us. In this context, after explaining basic issues such as the types of design rights and the scope of protection in our study, the scope and conditions of the right arising from prior use were tried to be revealed. Academic works and precedents were used in the study, and some fictional examples were also included.

Key Words: Industrial Property, Design Right, Limitation of Design Right, Prior Use Right, Right Arising from Previous Use

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

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.08.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024*

* Dr., Hâkim, Konya 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, kuntoglu@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6927-9973>.

GİRİŞ

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamındaki sınai mülkiyet hakları; marka, tasarım, patent, faydalı model ve coğrafi işaret haklarıdır. Bu haklardan patent ve faydalı model ile tasarım hakları bakımından tescil başvurusu yapmayan iyi niyetli kişilere belirli koşullarla ön kullanım hakkı veya aynı kavrama karşılık gelmek üzere önceki kullanımdan doğan hak tanınması kabul edilmiştir. Bu hak, hakkaniyet ilkesinin ve menfaatler dengesinin nazara alınması suretiyle, söz konusu mutlak hakların istisnası olarak tanınan nisbi bir haktır. Çalışmada önceki kullanımdan doğan hak tasarım hukuku bağlamında incelenecektir. Çalışmada iki ana bölüm yer almaktadır. “Tasarım Hakkı” başlıklı birinci bölümde, önceki kullanımdan doğan hak bakımından anahtar kavramlar mahiyetinde olmaları nedeniyle tasarım hakkının tanımına, koruma şartlarına, bu şartların kısaca açıklanmasına, yenilik ve ayırt ediciliği etkilemeyen durumlara, tasarım çeşitlerine, koruma süresine, rüçhan hakkına, koruma kapsamına ve koruma kapsamı dışındaki durumlara değinilecektir. Konunun esas bölümü mahiyetindeki “Önceki Kullanımdan Doğan Hak” başlıklı ikinci bölümde ise, uluslararası hukuka ve mahkeme kararlarına da değinmek suretiyle önceki kullanımdan doğan hak kavramı, bu hakkın koşulları ve kapsamı açıklanacaktır. Bu bölümde aynı zamanda 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile (Bundan sonra “Mülga Tasarım KHK” olarak anılacaktır.) 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) arasındaki farklılıklara, bu farklılıkların sebep ve sonuçlarına örnek olaylar üzerinden değinilecektir.

I. TASARIM HAKKI

A. Ortaya Çıkışı

Tasarım, ilk olarak kumaş desenlerinin taklit edilmesini önleyecek emirname-lerin çıkartılmasıyla hukuk dünyasına girmiş bir kavramdır. Dolayısıyla tasarımın ilk ortaya çıkışı itibarıyla “*tekstil endüstrisinin ürünü*” olduğu söylenilebilir. Tasarım hukuku, tasarım haklarını korurken yakın zamana kadar endüstriyi ön planda tutmuş tasarımcıyı ise adeta bir “*endüstri müstahdem*” olarak görüp, tasarımcının ücretini ödeyerek onu devre dışı bırakmaya çalışmıştır. Tasarım hukukun tasarımcıya odaklanması ve onu korumanın merkezine doğru alma eğilimi 19. yüzyılın ikinci yarısında söz konusu olabilmıştır. Bu nedenle tasarımla ilgili Paris ve Bern anlaşmalarında oldukça az hüküm bulunurken TRIPS’de daha çok hükme rastlamak mümkündür. Bugün için tasarımın -yedek parça sektöründe en yoğun olmak üzere- otomotiv, gıda, makine ve ambalaj endüstrisi başta olmak üzere sanayinin merkez öğelerinden biri olduğu söylenebilir¹.

Tasarım hukuku alanında Almanya’daki ilk kanuni düzenleme, 1876 tarihli Desenler ve Modellere Dair Eser Sahibi Haklarına İlişkin Kanun², İsviçre’deki ilk

¹ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 661-662.

² Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015); <<https://www.>

yasal düzenleme ise 1889 tarihli Tasarımlar ve Modeller Kanunu'dur³. Türkiye'de, 1995 yılından önce tasarımların korunmasına ilişkin ilk girişim Adliye Vekâletinin 1937 yılında İstanbul Üniversitesine gönderdiği "Sınai Mülkiyet Kanunu" tasarısıdır. Ancak bu tasarımın yasallaşması mümkün olmamıştır⁴.

B. Tanım ve Koruma Şartları

Tasarıma "Zihinde canlandırılan biçim, tasavvur", "Bir sanat eserinin, yapının veya teknik ürünün ilk taslağı, tasar çizim, dizayn"⁵ gibi anlamlar verilmiştir⁵.

Tasarım, SMK'nın 55. maddesinde tanımlanmaktadır⁶. Bu tanım Mülga Tasarım KHK'dakine⁷ benzer bir tanımdır. Bu tanıma göre tasarım, ürünün görünümüdür. Bu görünüm ürünün, tamamının görünümü olabileceği gibi bir parçasının veya süslemenin görünümü de olabilir. Görünüm şekil, renk vb. özelliklerden kaynaklanabilir.

Tasarım korumasında bir sektör sınırlaması bulunmamaktadır. Sanayi ürünlerinden, moda, el sanatlarından teknolojik ürünlere varıncaya kadar tüm ürünlerin görünümü (tasarımı) korunabilir. Bu kapsamda Mülga Tasarım KHK'dan SMK'ya geçişle birlikte, "endüstriyel tasarım" ifadesinin "tasarım" olarak değiştirilmesi isabetli bulunmaktadır⁸.

Tasarım denilince ilk olarak ürünün estetik görünümü akla gelse de tasarım koruması için estetik değer varlığı şart değildir. Tasarım hukuku estetik değere sahip tasarımların yanı sıra estetik değeri olmayan tasarımları da korur. "Modern anlayışa göre tasarım estetik ile fonksiyonun evliliğidir"⁹.

Tasarım kavramının merkezinde "ürün" kavramı yer almaktadır. SMK'nın 55. maddesinin 2. fıkrasında ise ürünün kapsamında nelerin yer aldığı açıklanmaktadır. Öncelikle, ürün kavramının kapsamında bilgisayar programları yer almaz. Zira bilgisayar programları FSEK kapsamında korunmaktadır. Ürün kapsamına giren hususlar ise şunlardır:

- el ile ya da sanayi vasıtasıyla üretilen nesnelere,

reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1876/index.htm> erişim tarihi 29 Nisan 2024

³ Tekinalp (n 1) 661.

⁴ Selin Özden Merhacı, Avrupa Birliği Düzenlemeleri ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarımların Hükümsüzlüğü (1. Baskı, Seçkin 2023) 43-44.

⁵ TDK Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/?kelime=tasarim>> erişim tarihi 11 Ocak 2023

⁶ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10/01/2017/29944 Madde 55/1: "Tasarım, ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür."

⁷ Endüstriyel Tasarımların Koruması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK Numarası: 554, RG 27/06/1995 Madde 3: "...a) "tasarım", bir ürünün tümü, veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyu ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü,..ifade eder."

⁸ Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2022) 305.

⁹ ibid 305.

- birleşik ürünler ile bunları meydana getiren parçalar,
- ambalaj vb. nesnelere,
- çok sayıda nesne ihtiva eden sunumlar,
- grafik semboller,
- yazı karakterleri (SMK m. 55/2).

Ürün kapsamında yer alan birleşik ürün, takılıp sökülebilen, parçalara ayrılabilen ürünleri ifade etmektedir (SMK m. 55/3)

Mülga Tasarım KHK Döneminde, yarı iletkenlerin topografyaları da ürün tanımı dışında bırakılmıştı ve anılan KHK’da birleşik ürüne ilişkin bir tanım yer almamaktaydı (Mülga Tasarım KHK m. 3)¹⁰.

Bir tasarımın korunabilmesi için yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması gerekmektedir (SMK 56/1). Tescilsiz tasarımlar söz konusu olduğunda ilave olarak “ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olma” (SMK 55/4) şartı da aranmaktadır¹¹.

Korunması talep edilen bir tasarımın aynısı bu tasarım için söz konusu olacak rüçhan ya da başvuru tarihinden önce dünya genelinde herhangi bir yerde kamuya sunulmamış ise bu tasarım yeni sayılacaktır. Tescilsiz tasarımlar için başvuru veya rüçhan tarihi yerine tasarımın kamuya sunulma tarihi esas alınacaktır. Küçük ayrıntılardaki farklılıklar tasarımların farklı kabul edilmesi için yeterli olmayacaktır. (SMK 56/4).

Görüldüğü üzere kamuya sunma kıstası bakımından coğrafi alan itibarıyla Türkiye sınırları yeterli olmayıp dünya çapında “mutlak” bir yenilik aranmaktadır¹². “Yenilik” şartı Mülga Tasarım KHK döneminde de vardı ancak re’sen bir inceleme yapılması söz konusu değildi. Bu konuda ancak itiraz üzerine inceleme yapılmaktaydı. SMK’nın 64. maddesi gereğince artık yenilik araştırması re’sen yapılacaktır¹³.

Kamuya sunma; tasarımın bir şekilde dış dünya ile paylaşılması, dış dünyaya açıklanması, “kişinin gizlilik alanından çıkmasıdır”¹⁴. SMK’da örnekseme yoluyla; yayım, tarif, tanıtım, kullanma, satış veya sergileme şeklinde piyasaya sunmadan bahsedilmektedir. SMK’nın 57. maddesindeki “veya benzer amaçlı faaliyetler” ifadesine örnek olarak ilan, tescil, fuarda gösterim faaliyetleri sayılabilir¹⁵. Öte yandan, eğer hak sahibi tasarımı üçüncü bir kişiye, bilginin o kişide kalması şartıyla açıklamışsa bu durumda tasarım kamuya sunulmuş sayılmayacaktır (SMK 57/1).

¹⁰ Şeyma Yurduseven, ‘6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem’ (2017) (31) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 669, 673

¹¹ Hayri Bozgeyik ve Sefa Er, ‘Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma’ (2019) 5(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 21.

¹² Tekinalp (n 1) 675.

¹³ Yurduseven (n 9) 674.

¹⁴ Bozgeyik ve Er (n 10) 22.

¹⁵ Sami Özgür Memişoğlu, *Tescilli Tasarımlarda Yenilik ve Ayırt Edicilik Unsurları* (1. Baskı, Seçkin 2020) 239.

Yine SMK'nın 57/2. maddesinde¹⁶ bazı kamuya sunumların, koruma talep edilen tasarımın yenilik ve ayırt ediciliğini etkilemeyeceği belirtilmektedir. Buna göre tasarım; rüçhan tarihinden ya da başvuru tarihinden geriye doğru 12 ay içinde, tasarım sahibi, tasarım sahibinin halefi veya bunların izniyle üçüncü bir kişi tarafından kamuya açıklandığında bu durum tasarımın yenilik ve ayırt ediciliğine hanel getirmeyecektir. Yine aynı fıkraya göre üçüncü kişinin; tasarım sahibi veya onun halefleri ile ilişkilerini kötüye kullanmak suretiyle koruma talep edilen tasarımı kamuya sunması durumunda da koruma talep edilen tasarımın yenilik ve ayırt ediciliğine hanel gelmeyecektir. Buradaki 12 aylık süreye doktrinde “hoşgörü süresi” de denilmektedir¹⁷.

Tasarımın korunması için gerekli diğer şart olan ayırt edicilik için korunması talep edilen tasarımın “bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim”; rüçhan ya da başvuru tarihinden önceki (korunması talep edilen bir tescilsiz tasarım ise söz konusu tescilsiz tasarımın kamuya sunulma tarihinden önceki) bir tarihte kamuya sunulmuş olan başka bir tasarımın aynı bilgilenmiş kullanıcı da oluşturduğu genel izlenimden farklılık arz etmelidir (SMK 56/5).

Ayırt edicilik araştırması yenilik araştırmasından farklı olarak Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından re'sen yapılmamaktadır. Ancak itiraz ya da hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri sürüldüğünde bu kapsamda araştırma yapılacaktır¹⁸.

Ayırt edicilik bakımından karşımıza çıkan önemli bir kavram “bilgilenmiş kullanıcı” kavramıdır. Zira ayırt edicilik tespit edilirken koruma talep edilen tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim esas alınır. Bu genel izlenim çerçevesinde koruma talep edilen tasarımın; daha önceki tasarımlardan farklı olduğu kabul ediliyorsa, ayırt edici niteliğe sahip olduğu da kabul edilecektir (SMK 56/5). “Bilgilenmiş kullanıcı” kavramına ilişkin SMK metninde ve SMK bakımından mehzaz 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü ile Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 98/71/EC Sayılı Direktifi'nde herhangi bir tanıma rastlanılmamaktadır¹⁹.

SMK'nın 56. maddesinin gerekçesinde, bilgilenmiş kullanıcının ne uzman ne de sıradan bir kullanıcı olmadığı, temel bilgilere sahip bir tüketici olduğu vurgulanmaktadır²⁰.

¹⁶ Sinaî Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10/01/2017/29944 Madde 57/2: “Koruma talep edilen bir tasarım, başvuru tarihinden veya rüçhan talebi varsa rüçhan tarihinden önceki on iki ay içinde tasarımcı veya halefi ya da bu kişilerin izni ile üçüncü bir kişi tarafından veya tasarımcı ya da halefleri ile olan ilişkinin kötüye kullanımı sonucu kamuya sunulması hâlinde bu açıklama tasarımın yeniliğini ve ayırt edici niteliğini etkilemez.”

¹⁷ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, *Sinaî Mülkiyet Hukuku* (1. Baskı, Adalet 2021) 175.

¹⁸ Nihal Koşer, ‘Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı’ (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 380, 312.

¹⁹ ibid 380-384.

²⁰ Cahit Suluk ve Zeynep Dumlupınar Balçık, *Fikri Mülkiyet Hukuku Mevzuatı* (1. Baskı Seçkin 2018) 389.



Saez'e göre bilgilendirilmiş kullanıcı; marka hukukundaki “ortalama tüketici” ile patent hukukundaki “uzman kişi” arasında bir yerde yer almakta olup tasarımın bulunduğu sektörde ortalama tüketiciden fazla malumata sahip olan ancak sektöre ilişkin derinlemesine bilgi sahibi olmayan kişidir²¹. AB Adalet Divanı da *PepsiCo* davasında²² bilgilendirilmiş kullanıcının ortalama tüketici ile uzman arasındaki yerini vurgulamakta ve bilgilendirilmiş kullanıcının ortalama dikkate sahip bir kullanıcının ötesinde sektöre ilişkin geniş bilgisi ve kişisel deneyimi ile dikkatli bir kullanıcıyı ifade ettiğini belirtmektedir²³.

Bilgilendirilmiş kullanıcı farazi bir kişiliktir. Ürünün niteliğine bağlı olarak bilgilendirilmiş kullanıcı; son kullanıcı veya motorcu, tamirci gibi bir kişi olabilir. Örneğin, ev aletleri bakımından ev hanımı bilgilendirilmiş kullanıcı olabilirken onarım için kullanılması gereken bir parça bakımından bilgilendirilmiş kullanıcı tamircidir²⁴.

İngiliz Temyiz Mahkemesine (Court Of Appeal) göre tasarımların ayırt edilmesinde markaların veya buluşların ayırt edilmesine ilişkin kriterler fayda sağlamayacaktır. Tasarımların ayırt edilmesinde esas alınan bilgilendirilmiş kullanıcı, tasarım alanında bilgili olup tasarımlarla ilgili deneyim sahibi olan ve makul bir ayırım yapabilecek kişidir²⁵.

C. Tasarım Çeşitleri ve Tasarım Hakkının Kapsamı

Tasarımlar tescilli-tescilsiz, fonksiyonel-estetik, iki boyutlu-üç boyutlu, endüstriyel olan-olmayan, parça-yedek parça tasarımları gibi çeşitlendirilebilir²⁶.

Uygulanacak hukukun farklılaşması nedeniyle burada tescilli ve tescilsiz tasarım ayırımına değinmek gerekmektedir. Tescilli tasarımlar için koruma ancak tescil ile mümkündür. Tescilsiz tasarımlar da SMK ile korunmaktadır. Ancak bunun için tescilsiz tasarımın “ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olması” şartı vardır (SMK 55/4).

Mülga Tasarım KHK’da, tescilsiz tasarımlar korunmadığı için, tasarım sahipleri haklarını korumak için haksız rekabet ya da FSEK hükümlerine müracaat etmekteydi. Bu bağlamda tasarım; eser niteliğinde ise FSEK hükümlerine, eser niteliğinde

²¹ Victor Saez, ‘Applying for Protection Under the Community Design System European Commission Internal Market DG- Services, Electronic Commerce, Intellectual and Industrial Property and the Media Industrial Property’ (2002) 10(2) University of Baltimore Intellectual Property Law Journal 93, 97.

²² AB Adalet Divanı 20/10/2011 Tarihli C-281/10 P sayılı kararı (*PepsiCo v. Grupo Promer Mon Graphic SA*) <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=111581&doclang=EN>> erişim tarihi 11 Ağustos 2024

²³ Annette Kur ve Thomas Dreier, *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials* (Edward Elgar Publishing 2013) s. 360.

²⁴ Suluk, Karasu ve Nal (n 7) 313.

²⁵ Paul Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, (9. Baskı, Oxford University Press 2019) 362.

²⁶ Suluk, Karasu ve Nal (n 7) 307.

değilse haksız rekabet hükümlerine başvurmak mümkündür. Ancak, SMK'nın yürürlüğe girmesiyle tescilsiz tasarım sahipleri artık SMK çerçevesinde de koruma talep edebileceklerdir²⁷.

SMK'da koruma süresi tescilli tasarımlar bakımından 5 yıl olup 5 yılda bir yenileme olduğu takdirde maksimum 25 yıldır. Tescilsiz tasarımlar bakımından koruma süresi ise kamuya sunuldukları tarihten itibaren 3 yıldır (SMK 69/1-2).

Tasarım hakkı, hak sahibine olumlu ve olumsuz yetkiler sağlamaktadır. Tasarımın hak sahibi veya izin vereceği kişilerce kullanılması olumlu yetki, hak sahibinin izni olmadan kullanılamaması olumsuz yetkidir²⁸. Hakkın kapsamı, tasarımın tescilli veya tescilsiz olmasına göre değişebilmektedir. Bu farklılık olumsuz yetkinin kullanımı bakımından ortaya çıkar. Tescilli tasarım sahibi münhasır hakka sahiptir ve tasarım ya da tasarımın uygulandığı ürünler tasarım sahibinin izni olmadan üretilemez, piyasaya sunulamaz, satılamaz, ithal edilemez, ticari amaçlı olarak kullanılamaz veya bu amaçlarla elde bulundurulamaz ve söz konusu ürünlerle ilgili sözleşme önerisinde dahi bulunulamaz (SMK 59/1). SMK'nın 59. maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere tescilsiz tasarım hakkı, tescilli tasarım hakkının aksine tek hak sağlamayacak olup tescilsiz tasarımlar bakımından ihlal durumunda kötü niyetin varlığı aranacaktır²⁹. Bu kapsamda tescilsiz tasarım sahibi, SMK'nın 59/1. maddesinde de sayılan fiillerin engellenmesini ancak kendi tasarımının ayınsının ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanması durumunda isteyebilecektir. Ayrıca, koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımdan bağımsız olarak yapılan başka bir tasarımın sahibinin, koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün değilse, bağımsız tasarım yapan bu kişinin tasarımı kopya tasarım olarak değerlendirilemeyecektir (SMK m. 59/2).

Tasarım hakkının korunmasının söz konusu olmayacağı durumlar şunlardır: tasarım hakkı kapsamı dışında sayılan özel ve deneme amaçlı filler, referans ve eğitim amacıyla yapılan çoğaltmalar, yabancı taşıtlardaki kullanımlar (SMK 59/3); tasarımın beş yıllık yenileme süresi dolduğu halde yenilenmemesi (SMK m. 69); onarım amaçlı fiiller ile eşdeğer parçaların kullanımı (SMK m. 59/4-5), hakkın tüketilmesi (SMK m. 152) ve önceki kullanımdan doğan hak³⁰.

Çalışmanın ikinci bölümünde önceki kullanımdan doğan hakka ilişkin Mülga Tasarım KHK'da yer alan düzenleme kapsamında rüçhan hakkı da gündeme geleceği için kısaca rüçhan hakkına da değinmek gerekmektedir. SMK'nın 62. ve 63. maddeleri kapsamında rüçhan hakkından yararlanabilecek kişiler için başvuru veya

²⁷ Yurduseven (n 9) 678.

²⁸ Hayrettin Çağlar, 'Patent Hukukunda Ön Kullanım Hakkı' (2006) 10(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 80.

²⁹ Suluk ve Dumlupınar Balçık (n 19) 391.

³⁰ İstanbul BAM 44 HD, E 2020/286 K 2021/364, 01.04.2021 <<https://intranet.uyap.gov.tr/>> erişim tarihi 11 Şubat 2023



sergi rüçhanı söz konusu olabilir. Başvuru rüçhanında, rüçhan hakkı tanınan ülkelerden birinde yaptığı başvuru sonrasında 6 ay içerisinde rüçhan hakkı tanınan diğer bir ülkede başvuru yapan kişinin, tasarımı tescil ettirmek konusunda başkalarına (başvuru tarihinden sonra başvuru/sergileme yapanlara) karşı öncelik hakkı vardır. Sergi rüçhanında ise başvuru yerine ulusal ya da uluslararası bir sergide tasarımın sergilenmesi söz konusudur. Yani rüçhan hakkı kapsamındaki bir ülkede tasarımı sergileyen kişi 6 ay içerisinde rüçhan hakkı kapsamındaki tasarımı başka bir ülkede tescil ettirmek konusunda (sergi tarihinden sonra başvuru/sergileme yapanlara karşı) öncelik hakkına sahip olacaktır (SMK m. 62-63)³¹.

Rüçhan hakkını bir örnekle açıklayacak olursak: A, 01/01/2020 tarihinde Almanya’da tasarımı için başvuru yapmış ya da tasarımı bir sergide sergilemiştir. Aynı tasarım Türkiye’de B tarafından da geliştirilmiştir. B ise 01/03/2020 tarihinde tasarımının tescili için Türk Marka ve Patent Kurumu’na müracaat etmiştir. B’den iki ay sonra yani 01/05/2020 tarihinde (6 aylık rüçhan süresi içerisinde) A, tasarımını tescil ettirmek için başvurmuştur. İşte bu durumda A, B’den önce tasarımı için rüçhan hakkı kapsamındaki başka bir ülkede başvuruda bulunduğu veya tasarımı anılan kapsamdaki bir ülkede sergilediği için öncelik hakkına sahip olacaktır³².

II. ÖNCEKİ KULLANIMDAN DOĞAN HAK

A. Kavram

Önceki kullanımdan doğan hak için; sahibine hali hazırda kullandığı hakkını sürdürme yetkisi vermesi nedeniyle “*kullanmaya devam etme hakkı*” tabiri kullanılabilir³³ gibi doktrinde patent ve faydalı model için önceden kullanıldığı üzere “ön kullanım hakkı” tabiri de kullanılmaktadır³⁴. Önceki kullanımdan doğan hak, tasarım için aranan objektif yenilik şartının bir istisnasını oluşturmaktadır³⁵. Nadiyen de olsa bir tasarımın ya da buluşun aynısı veya benzeri iki farklı kişi tarafından geliştirilmiş olabilir. Sınai mülkiyet hukukunda egemen olan “teklik ilkesi” gereği bu durumda ilk başvuran veya rüçhan hakkı bulunduğu takdirde önceki başvuru veya rüçhan sahibi hakkın sahibi olacaktır. Ancak bu bağlamda bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Zira tescilde geç kalan kişi buluşu ya da tasarımı için emek vermiş, harcamalarda bulunmuş olabilir³⁶. Bu noktada sınai mülkiyet hukuku menfaatler dengesini de sağlamak üzere önceki kullanımdan

³¹ Suluk, Karasu ve Nal (n 7) 9-10.

³² ibid 9.

³³ Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (1. Baskı, Seçkin 2003) 103.

³⁴ Suluk, Karasu ve Nal (n 7) 18.

³⁵ Aslı Bilgin, *Endüstriyel Tasarım Hakkı ve Tazminat Davaları* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2006) 32.

³⁶ Suluk, Karasu ve Nal (n 7) 18.

doğan hakka ilişkin düzenlemeyi getirmektedir³⁷.

Suluk, önceki kullanımdan doğan hakkın kökeninin patent hukukuna dayandığını belirtmektedir³⁸. Patente ilişkin ön kullanım hakkı (önceki kullanımdan doğan hak), patent hakkının bir mutlak hak olmasının sonucu olarak sahibine tanıdığı inhisarî yetkileri kısıtlayan özel sınırlamalardan bir tanesidir³⁹. Bu hak benzer şekilde mutlak haklardan olan tasarım hakkını sınırlayan istisnai hallerden birisidir⁴⁰. İngiliz hukukunda da önceki kullanımdan doğan hak tasarım hakkının istisnalarından biri olarak düzenlenmiştir⁴¹.

Sınai mülkiyet hakkı sahibinin, kendi ürünü ile paralel mahiyette geliştirilen bağımsız ürünler bakımından söz konusu ürün sahiplerine kendi hakkının mutlak etkisini ileri sürebilmesi doktrinde “*kilitleyici etki*” olarak ifade edilmektedir. Ancak bu “*kilitleyici etki*” hak sahibinin hakkını elde ettiği tarihten sonrası için geçerlidir. Dolayısıyla tescil öncesindeki kullanıma dayanılarak elde edilecek önceki kullanımdan doğan hak bu “*kilitleyici etkinin*” kapsamına girmeyecektir⁴².

Önceki kullanımdan doğan hak, yenilik özelliği aranan sınai haklar olan tasarım, patent ve faydalı model bakımından tanınmış olup marka ve telif hakları bakımından söz konusu değildir⁴³. Ayrıca bu hak tasarım türleri arasında, niteliği gereği sadece tescilli tasarımlara karşı talep edilebilecek bir haktır. Zira yasal düzenleme kapsamında tescil için yapılan başvuru tarihi esas alınmaktadır⁴⁴. Tescilsiz tasarımlar için başvuru olmayacağından tescilsiz tasarım sahibine karşı önceki kullanımdan doğan hak talebinde bulunulması da mümkün olmayacaktır. Önceki kullanımdan doğan

³⁷ Feyzan Hayal Şehirali Çelik, ‘Tescilsiz Tasarımların Hukuki Himayesi’ içinde Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarslan (editörler), *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı (Çalıştay Tarihi: 19-22 Aralık 2019)* (Türkiye Adalet Akademisi 2020) 376 (31 nolu dipnot).

³⁸ Cahit Suluk, *Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması-Topluluk Tasarımı (Community Design)* (1. Baskı, Seçkin 2002) 41.

³⁹ Arslan Kaya, ‘Türk Hukukunda Patentten Doğan haklar’ (1997) 55(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173, 177. ; Zeynep Coşkun, ‘Patent Hakkına Tecavüz Halinde Tazminat Davaları’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2022) 68.

⁴⁰ Bozbel (n 2) 660.

⁴¹ David Llewelyn ve Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights* (4. Baskı, Oxford University Press 2022) 617 (15-027) [Tasarım Yönetmeliği (Designs Regulation) m.20, Tasarım Direktifi (Designs Directive) m. 13 ve 1949 tarihli Tescilli Tasarımlar Yasasında (Registered Designs Act 1949) m. 7/A.]

⁴² Feyzan Hayal Şehirali Çelik, ‘Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? -Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk’ (2011) 12(1) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR) 39, 46. (Kilitleyici etki için bakınız: anılan eserde atf yapılan Kraßer, § 1, s. 6; Eichmann/von Falkenstein, *Geschmacksmustergesetz*, 3. Aufl. Verlag C.H. Beck, München 2005, § 38, Rdnr. 23.)

⁴³ Suluk, Karasu ve Nal (n 7)18.

⁴⁴ Şehirali Çelik (n 36) 373-374.



hak, tescilli tasarımlar için aranan objektif yenilik şartının istisnasıdır⁴⁵. Önceki kullanım hakkının tescilsiz tasarım sahibine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir, zira ortada bir tescil yoktur. Tescilsiz tasarım sahibinin de önceki kullanıcıya yönelik bir koruma talebi söz konusu olamayacaktır, çünkü tescilsiz tasarım, SMK'nın 59/2. maddesinde açıklandığı üzere sadece kopyalamaya karşı korunmakta olup, önceki kullanıcı zaten bağımsız üretim yapan kişidir⁴⁶. Mevzuat 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 22. maddesinden de önceki kullanım hakkının tescilli tasarımlar için geçerli olacağı anlaşılmaktadır⁴⁷.

Şehirali, SMK'daki tescili baz alan hükümlerin tescilsiz tasarımlar bakımından uygulanmayacağını belirtmekte ve bu duruma ilişkin örnekler arasında “hoş görüşünün” yanı sıra “önceki kullanımdan doğan hakkı” da saymaktadır⁴⁸. *Suluk* da tescilsiz tasarım korumasının yalnızca taklit durumunda söz konusu olacağını, önceki kullanımdan doğan hak bağlamında taklidin söz konusu olmadığını, dolayısıyla bu hakkın tescilsiz tasarımlara yönelik olarak ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir⁴⁹.

B. Yasal Düzenlemeler

Önceki kullanımdan doğan hak, Mülga Tasarım KHK'da 23. maddede⁵⁰, SMK'da ise 60. maddede⁵¹ düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de madde başlığı “önceki

⁴⁵ Suluk (n 37) 56. (Objektif-subjektif yenilik kavramları hakkında detaylı bilgi için adı geçen eser: 55-56).

⁴⁶ Bu husus aşağıda “C. Önceki Kullanımdan Doğan Hakkın Koşulları” başlığı altında açıklanmıştır.

⁴⁷ Uma Suthersanen, *Design law: European Union and United States of America* (2. Baskı, Sweet & Maxwell 2010) 139 (6-058); David Stone, *European Union Design Law: A Practitioners' Guide* (2. Baskı, Oxford University Press 2016) 478 (kenar numarası 20.14).

⁴⁸ Feyzan Hayal Şehirali Çelik, ‘Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler’ içinde Feyzan Şehirali Çelik (ed), *6776 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017)* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017) 255, 284.

⁴⁹ Cahit Suluk, *Tasarım Hukuku (Endüstriyel Tasarım- Marka- Patent ve Faydalı Model Karşılaştırmalı)* (1. Baskı, Seçkin 2003) 310.

⁵⁰ Endüstriyel Tasarımların Koruması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK Numarası: 554, RG 27/06/1995 Madde 23: “Tescil başvurusunun yapıldığı tarihten veya rüçhan hakkı tarihinden önce, tescilli tasarımın koruma kapsamına giren ve tescilli tasarımdan bağımsız olarak geliştirilmiş ve o tarihte henüz kamuya açıklanmamış bir tasarımı kullanmaya başlamış veya kullanımını için ciddi ve gerçek tedbirler almış kişi veya kişilere karşı, bu kişi veya kişilerin iyi niyetli davranmış olmaları koşuluyla, tasarımı kullanmaya devam etmelerini veya kullanmaya başlamalarını önlemeye, tasarım hakkı sahibinin yetkisi yoktur. Bu durum sicile kayıt edilir. Ancak, üçüncü kişilerin bu madde kapsamında bir tasarımdan yararlanmaları başlangıçta uygulamaya konulan veya uygulanması için daha önceden planlanan tedbirlerin sınır ve gerekleri dışına çıkamaz. Bu kullanma hakkı ancak işletme ile devredilir ve itikale eder.”

⁵¹ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10/01/2017/29944 Madde 60: “(1) Başvuru tarihinden önce, tescilli tasarımın koruma kapsamına giren ve tescilli tasarımdan bağımsız olarak yapılan tasarımı iyiniyetli olarak ticari amaçla ülke içinde kullanmakta olan veya kullanım için ciddi ve gerçek tedbirler almış kişilere karşı önceki kullanımından dolayı, bu hazırlıklarla sınırlı olmak üzere işletmenin makul ihtiyaçlarını giderecek ölçüde tasarımı kullanma hakkı verilir. Önceki kullanımdan doğan hak, sicile kaydedilerek Bültende yayımlanır. (2)

kullanımdan doğan hak” şeklindedir. Patent ve faydalı modeller bakımından 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de (Mülga Patent KHK)⁵² “ön kullanım hakkı” madde başlığı altında 77. maddede düzenlemeye gidilmişken aynı husus SMK’da bu kez “önceki kullanımdan doğan hak” başlığı altında 87. maddede düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere Mülga Patent KHK’da “ön kullanım hakkı” başlığı SMK’da “önceki kullanımdan doğan hak” olarak değiştirilmiş, ancak tasarımlar bakımından zaten önceki düzenlemede de madde başlığı “önceki kullanımdan doğan hak” şeklinde olduğundan herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu değişikliğin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira gerek patent gerekse tasarım hakkı kapsamında belirli koşullarda tanınan önceki kullanımdan doğan hakların ortaya çıkış nedenleri, kapsam ve koşulları benzerdir. Bu noktada patent hakkı bakımından değişiklik yapılarak her iki hak bakımından “önceki kullanımdan doğan hak” şeklinde ortak bir ifadenin kullanılması doğru olmuştur.

SMK’nın 60. maddesinin gerekçesinde, önceki kullanımdan doğan hakkın uygulamada sık karşılaşılmayan bir durum olduğu, düzenlemenin istisnai bir düzenleme mahiyetinde olduğu vurgulanmaktadır. Düzenlemenin Avrupa Birliği hukuku’ndaki karşılığı, 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü’nün 22. maddesidir⁵³. Anılan tüzüğün 16. maddesinde yer alan inhisarî olmayan lisans talebinin temeli de 22. maddede yazılı önceki kullanımdan doğan hakka ilişkin düzenlemeye dayanmaktadır⁵⁴.

SMK’nın 60. maddesinin, anılan tüzüğün 22. maddesi ile benzer olduğu ancak aşağıda detaylandırılacağı üzere SMK’nın 60. maddesinin metninde rüçhan hakkına yer verilmeyerek tüzükten farklı yönde düzenlemeye gidildiği görülmektedir⁵⁵.

İngiliz hukukunda önceki kullanımdan doğan hak; tasarımlar bakımından 1949 Tarihli Tescilli Tasarımlar Kanunu’nun (Registered Designs Act) 7/B maddesinde⁵⁶, patentler bakımından ise 1977 tarihli Patent Kanunu’nun (Patents Act) 64. maddesinde yer almaktadır. Bu hak kapsamında önceki kullanıcı tasarımı yeni ürünlere uygulayamayacaktır. Önceki kullanım lisans yoluyla devredilemeyen ancak işletmeyle

Önceki kullanımdan doğan hak, lisans verilmesi suretiyle genişletilemez ve devredilemez. Bu hakkın devri işletmenin devriyle mümkündür.”

⁵² RG. 27.6.1995, S. 22326. <<https://www.resmigazete.gov.tr/>> erişim tarihi 27 Ocak 2022

⁵³ Kadir Baş, Remzi Tamer Pekdinçer ve R. Eda Giray, *Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat (Ulusal-Uluslararası)* (2. Baskı, Seçkin 2019) 225.

⁵⁴ Suluk (n 37) 150.

⁵⁵ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002R0006>> erişim tarihi 29 Ocak 2023

⁵⁶ Tasarımlar bakımından önceki kullanımdan doğan hak, 01/10/2014 tarihinde “Intellectual Property Act 2014” isimli Yasal düzenlemenin 7. maddesi ile “Registered Designs Act 1949” adlı tescilli tasarımlara ilişkin ana düzenlemeye 7B maddesi olarak eklenmiştir. Kaynak: Intellectual Property Act 2014 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/18/contents.>> erişim tarihi 19 Ocak 2023



devredilebilen bir hak olduğu için kişisel bir haktır⁵⁷. Tasarım hakkı kapsamındaki önceki kullanımdan doğan hakka dair madde içeriği (1949 Registered Designs Act 7B), Avrupa Birliği hukukundaki karşılığı olan 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 22. maddesi ve dolayısıyla SMK'nın 60. maddesi ile büyük ölçüde benzerdir.

C. Önceki Kullanımdan Doğan Hakkın Koşulları

SMK'nın 60. maddesi çerçevesinde önceki kullanımın hak doğurabilmesi için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda korunacak tasarım, tescilli tasarımın koruma kapsamına girmeli ve tescilli tasarımdan bağımsız olarak yapılmış olmalıdır. Ayrıca korunacak tasarımın başvuru tarihinden önce iyi niyetli olarak ülke içinde ticari amaçla kullanılması veya aynı kapsamdaki kullanım için gerçek ve ciddi tedbirlerin alınmış olması gerekmektedir. Buna göre bir arada bulunması gereken şartları şöyle sıralayabiliriz: 1-Tescilli tasarımın koruma kapsamına girme, 2-Bağımsız üretim, 3-İyi niyet, 4-Başvuru tarihinden önce kullanım veya kullanım için gerçek ve ciddi tedbirler alma, 5-Ticari amaçla ve ülke içinde kullanım.

Önceki kullanımın hak doğurabilmesi için gerekli koşullar konusunda SMK m. 60 ve Mülga Tasarım KHK m. 23 hükümleri karşılaştırıldığında, her iki düzenleme arasında benzerliklerin yanı sıra farklılıklar da bulunmaktadır.

İlk üç koşul her iki düzenlemede de aranan koşullardır.

1. Tescilli Tasarımın Koruma Kapsamına Girme

Önceki kullanımdan doğan hak kapsamında korunacak tasarım, tescilli tasarımdan farklı olup tescilli tasarımın koruma kapsamında değilse önceki kullanımdan doğan hakkın söz konusu olmayacağı aşikardır.

2. Bağımsız Üretim

Bağımsız üretim konusunda mehzaz 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 22/1. maddesinde önceki kullanımdan doğan hak talep edenin, bu hakkı elde edebilmesi için "tasarımını, tescilli tasarım sahibinin tasarımından kopyalanmadığını" da ispat etmesi gerektiği, belirtilmektedir.

Kopyalamada iyi niyet yoktur. İstisnai olarak tasarımın orijinalini bilen kullanıcı yeterli düzeyde farklılıklar ile başka bir tasarım geliştirmiş olup bu tasarım ayırt edicilik vasfına sahip olmayabilir. Bu durumda tasarımı geliştiren iyi niyetli olsa dahi kopya bir tasarım söz konusudur⁵⁸.

⁵⁷ Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee ve Philip Johnson, *Intellectual Property Law* (5. Baskı, Oxford University Press 2018) 804.

⁵⁸ Dirk Smielick, 'Article 22' içinde Gordian N. Hasselblatt (Ed), *Community Design Regulation (Article-by-Article Commentary)* (2. Baskı, C.H. Beck 2018) 253-254.

3. İyi Niyet

Önceki kullanımın hak doğurabilmesi için gerekli üçüncü koşul olan “iyi niyet” kapsamında, önceki kullanım hakkına dayanan kişi, tescilli tasarım çalışmalarını biliyor veya bu çalışmalardan herhangi bir biçimde yararlanacak düzeyde bilgi sahibi ise, anılan kişinin iyiniyetli olduğu söylenemeyecektir⁵⁹.

Türk Medeni Kanunu’nun⁶⁰ 3/1. maddesine göre, “Kanunun iyi niyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır.” Öyleyse, önceki kullanımdan doğan hak kapsamında tasarımının korunmasını isteyen kişi, yukarıdaki diğer koşulları ispat ettiği takdirde, iyi niyetli kabul edilecektir. Aksini ispat etmek mükellefiyeti karşı tarafta olacaktır. Nitekim konuya ilişkin bölge adliye mahkemesi kararında; davalının kötü niyetinin davacı tarafça ispat olunmadığı nazara alınarak davalının eyleminin önceki kullanımdan kaynaklanan hak çerçevesinde olduğu, bu durumda KHK hükümleri kapsamında tecavüzden bahsedilemeyeceği, zira TMK’nın 3/1. maddesi gereğince iyi niyetin mevcudiyetinin esas olduğu, davalının kötü niyetli olduğunu iddia edenin (davacının) kötü niyetin varlığı hususunda ispat yükü altında olduğu ancak bu hususu ispat edemediği belirtilmektedir⁶¹.

Önceki kullanımdan doğan hak talep edenin kötü niyetli olduğu, tescilli tasarım sahibi tarafından ispat edilebilir. Örneğin bir tasarımın tescili için X şirketi tescil başvurusu yapmıştır. X şirketinin başvurusuna esas tasarımı geliştirdiği dönemde A isimli kişi de anılan şirkette bir süre çalışıp tasarım hakkında bilgi sahibi olmuş ancak daha sonra anılan şirketten ayrılmıştır. A, işten ayrıldıktan sonra aynı tasarımı kendi işinde ticari amaçlı kullanmaya başlamıştır. Daha sonra A’nın, X firmasından, “önceki kullanımdan doğan hak” talep etmesi durumunda X firması, A’nın kötü niyetli olduğunu ispat edebilecektir⁶².

Konuya ilişkin bir somut olayda, davacıya ait tasarımın tescili için 25.04.2016 tarihinde başvuru yapılmış ve tasarım 09.08.2016 tarihinde yayımlanmıştır. Dava kapsamında aynı tasarımı kullanan davalı aleyhine tazminata hükmedilmiş ise de Yargıtay; davalının söz konusu tasarımları 07.04.2016-10.04.2016 tarihleri arasında bir fuarda kullanmasını nazara alarak davalının fuarda kullanım yaptığı sırada davacının bir başvurusu bulunmadığını, davacının başvurusundan davalının haberdar edildiği hususunda bir ispat bulunmadığını, bu kapsamda davacının tasarım tescil belgesine dayanarak koruma talep edemeyeceğini belirterek, davalı aleyhine tazminata hükmedilen ilk derece mahkemesi kararının bozulması yoluna gitmiştir⁶³.

⁵⁹ Tekinalp (n 1) 690.

⁶⁰ RG. 8.12.2001, S. 24607. <<https://www.resmigazete.gov.tr/>> erişim tarihi 11 Şubat 2023

⁶¹ Ankara BAM 20 HD, E 2022/80 K 2022/130, 10.03.2022 <<https://intranet.uyap.gov.tr/>> erişim tarihi 11 Şubat 2023

⁶² Uğur Çolak, *Türk Patent Hukuku* (4. Baskı, Adalet 2022) 1116.

⁶³ Yargıtay 11. HD E.2021/2880-K.2022/7264, 20.10.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 12 Şubat 2023



Sonuç olarak, iyi niyet olmadığı takdirde tecavüz söz konusu olacağından önceki kullanıma dayalı tasarım koruması sağlanması da mümkün olmayacaktır.

Öte yandan, SMK m. 81/2’de yer alan düzenleme de bir bakıma SMK’nın 60. maddesindeki “önceki kullanımdan doğan hak kapsamındaki korumanın iyi niyet şartına bağlanması” hususunu tekrar etmektedir. Şöyle ki; SMK m. 81/2’ye göre⁶⁴ tasarım 65. maddeye göre tescil edilip yayımlandığı takdirde tasarım sahibinin, tasarım hakkına tecavüz iddiasına dayalı olarak hukuk davası açması mümkün olacaktır. Ancak mütecaviz kötü niyetli ise yayımdan önce de tecavüzün varlığı kabul edilecektir. Aksi durumda ise tescilli tasarım sahibinin korumadan yararlanması mümkün değildir.

4. Başvuru Tarihinden Önce Kullanım veya Kullanım İçin Gerçek ve Ciddi Tedbirler Alma

Burada iki alternatif eylem vardır. Birincisi kullanma, ikincisi kullanım için gerçek ve ciddi tedbirler alma⁶⁵.

Bu koşul bağlamındaki “Başvuru tarihinden önce...” (SMK m. 60/1) şeklinde ifade, Mülga Tasarım KHK’nın 23. maddesinde “Tescil başvurusunun yapıldığı tarihten veya rüçhan hakkı tarihinden önce...” şeklinde yer almaktaydı. Görüldüğü üzere, yeni düzenlemeyle artık rüçhan tarihinin esas alınmasından vazgeçilmiştir. Bu konuda mehaz düzenleme niteliğinde olan 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü’nün 22/1. maddesinde de Mülga Tasarım KHK’nın 23. maddesine benzer şekilde rüçhan hakkı tarihine yer verilmektedir⁶⁶.

Dördüncü koşul ile ilgili SMK ve Mülga Tasarım KHK arasında bir diğer temel farklılık da Mülga Tasarım KHK’nın 23. maddesinde yer alan korunacak tasarımın kullanım veya kullanım için gerçek ve ciddi tedbirler alma tarihi itibarıyla “o tarihte henüz kamuya açıklanmamış” bir tasarım olması şartına SMK 60. maddede yer verilmemiş olmasıdır. Dördüncü koşul bakımından bahsettiğimiz bu farklılıkların sonuçlarının neler olacağı aşağıda bazı örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

⁶⁴ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10/01/2017/29944 Madde 81/2: “Başvuru, 65 inci maddeye göre tescil edilerek yayımlandığı takdirde, tescil sahibi, tasarım hakkına yönelik olarak bu maddede sayılan tecavüzlere dolaylı hukuk davası açma hakkına sahiptir. Tecavüz eden, başvurudan ve kapsamından haberdar edilmişse başvurunun yayımlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötüniyetli olduğuna mahkeme tarafından hükümlenirse yayımdan önce de tecavüzün varlığı kabul edilir.”

⁶⁵ Smielick (n 56) 255.

⁶⁶ 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü Madde 22/1: “1. Başvurunun yapıldığı tarihten önce, ya da öncelik iddiası mevcut ise, öncelik tarihinden önce, Topluluk dahilinde, tescilli bir Topluluk tasarımının koruma kapsamına alınan bir tasarımı iyi niyetli şekilde kullanmaya başladığını, ya da bu amaçla ciddi ve etkili hazırlıklar yaptığını ve bunu diğerinden taklit etmediğini ispatlayabilen üçüncü şahıslara ön kullanım hakkı tanınır.” Kaynak: <<https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/avrupa-birliigi-direktifleri/2002-6-ec-tur-1-5fdddfb8ac4e8.doc>> erişim tarihi 22 Şubat 2023

Öncelikle, rüçhan hakkı sahibinin tasarımını tescil etmesi durumunda ortaya çıkacak “önceki kullanımdan doğan hak” taleplerini inceleyelim. A, tasarımını 01/02/2020 tarihinde Almanya’da sergilemiş olsun. B ise 01/03/2020 tarihinde A’nın tasarımının koruma kapsamına giren başka bir tasarımı A’dan bağımsız ve iyiniyetli olarak geliştirip Türkiye’de kullanmaya başlamış veya söz konusu tasarımın kullanımı hususunda gerçek ve ciddi tedbirler almış olsun. Daha sonra A, 01/05/2020 tarihinde Türkiye’de tasarımının tescili için başvuruda bulunmuş olsun. Bu durumda, Mülga Tasarım KHK’nın uygulandığı dönemde B’nin önceki kullanımdan doğan haktan yararlanması mümkün olmamaktaydı. Zira Mülga Tasarım KHK’nın 23. maddesinde yer alan “*Tescil başvurusunun yapıldığı tarihten veya rüçhan hakkı tarihinden önce*” ifadesi nedeniyle rüçhan durumu söz konusu olduğundan B’nin önceki kullanımdan doğan hak talep edebilmesi için kendisinin kullanım veya kullanım için ciddi ve gerçek tedbir alma zamanının rüçhan tarihi öncesi yani olayımız bakımından 01/02/2020 tarihi öncesi olması gerekirdi. Burada “*o tarihte henüz kamuya açıklanmamış*” şartına hiç değinmedik. Zira B’nin kullanımının veya kullanım için tedbir almasının her halükârda rüçhan tarihinden önce olması gerekir. A’nın sadece başvuru yapıp tasarımını kamuya açıklamamış olması bir şeyi değiştirmeyecektir. Aynı olaya SMK 60. madde hükümleri uygulandığında ise B’nin önceki kullanımdan doğan hakkı talep etme imkânı vardır. Zira B bakımından başvuru tarihinden önce kullanım söz konusudur. A, 01/02/2020 tarihinde katıldığı sergide tasarımını kamuya açıklamış olsa da durum değişmez. Zira yeni dönemde önceki kullanımdan doğan hak talep edilen tasarımın “*o tarihte henüz kamuya açıklanmamış*” bir tasarım olması şartı da aranmamaktadır.

Şimdi de hoşgörü süresi bakımından konuyu inceleyelim. Tescilsiz tasarım sahibi A tasarımını 01.02.2020 tarihinde kamuya sunmuş olsun. B de A’nın tasarımının koruma kapsamında yer alan başka bir tasarımı, 01.03.2020 tarihinde A’dan bağımsız ve iyiniyetli olarak geliştirerek kullanmış veya söz konusu tasarımın kullanımı hususunda gerçek ve ciddi tedbirler almış olsun. Daha sonra A, 01/05/2020 tarihinde hoşgörü süresi içerisinde tasarımının tescili için müracaat etmiş olsun. Bu durumda Mülga Tasarım KHK döneminde, B’nin önceki kullanımdan doğan hak talep etme hakkı bulunmamaktaydı. Zira B’nin kullanım veya kullanım için tedbir alma tarihi her ne kadar başvuru tarihi olan 01/05/2020 tarihinden önce ise de B’nin kullanım veya kullanım için tedbir alma tarihinde kendi tasarımını “*o tarihte henüz kamuya açıklanmamış*” bir tasarım olma özelliğine sahip değildir. Dolayısıyla, Mülga Tasarım KHK’nın uygulandığı dönemde B’nin önceki kullanımdan doğan hak talep etme imkânı yoktur. SMK 60. maddenin uygulandığı dönemde ise B’nin tasarımını için “*o tarihte henüz kamuya açıklanmamış*” olma şartı aranmayacağından, diğer şartlarda bulunduğu takdirde B’nin önceki kullanımdan doğan hak talep etme imkânı bulunmaktadır.

SMK’nın 60. maddesi ile daha önceki “*Tescil başvurusunun yapıldığı tarihten veya rüçhan hakkı tarihinden önce*” ifadesinin yerine “*Başvuru tarihinden önce*”



ibaresine yer verilerek rüçhan tarihinin esas alınmasından vazgeçilmesinin nedenine gerekçede yer verilmemiştir. Yeni düzenlemede rüçhan hakkı tarihine yer verilmemesinin nedeni kanaatimizce Yasa Koyucunun yerel yatırımcıyı koruma saikiyle hareket etmesidir. Zira rüçhan hakkından genellikle yabancı hak sahipleri istifade etmekte ve bu durumda Türkiye’de önceki kullanımdan doğan hak talep eden tasarımcıların emeği korunamamaktadır. Ancak bu değişiklikle Türk hukuku, mehzaz 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü’nden ayrılmış olmaktadır. Fikri mülkiyet hukukunun bir bakıma uluslararası sözleşmeler hukuku⁶⁷ olması da nazara alındığında, mehzaz düzenlemenin bölünerek alınmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

SMK’nın 60. maddesi ile Mülga Tasarım KHK’da yer alan önceki kullanımdan doğan hak talep edilecek tasarımın “daha önce kamuya sunulmamış bir tasarım olması şartından” vazgeçilmiş olması, bu hakkın daha fazla kimse tarafından talep edilebilmesine olanak sağlayacak bir düzenlemedir. Son durum ile tüzüğün 22. maddesi ile uyum sağlanmış olması bakımından bu değişikliğin olumlu bir değişiklik olduğu kanaatindeyiz.

Hangi hususların gerçek ve ciddi tedbirler kapsamında değerlendirileceği somut olaya göre belirlenecektir. Deneme amaçlı işlemler bu kapsamda değildir. Ancak örneğin; ürün kalıpları hazırlanmış, müşterilerden siparişler alınmışsa gerçek ve ciddi tedbirlerin alındığında bahsedilebilecektir⁶⁸.

Önceki kullanım hakkına dayanan kişinin önceki kullanımını veya kullanım için aldığı gerçek ve ciddi tedbirleri ispat etmesi gerekmektedir. Ancak 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü’nün 22/1. maddesinin ne lafzı ne de amacı nazara alındığında bu hazırlıkların üçüncü kişilerce bilinmesi şartı söz konusu değildir⁶⁹.

Konuya ilişkin ilk derece mahkemesinin önüne gelen somut olayda, davacı kendisine ait tescilli *Avensis* ve *Barbaros* adlı tasarımlarının aynılarının davalı tarafça *Amasra* ve *Nero* isimleriyle üretilerek tasarım hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla tazminat taleplerinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi davalı kullanımının SMK’nın 60. maddesi kapsamında kaldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Karara karşı istinaf yoluna gidilmiş Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, davacının tasarımları için başvuru tarihinin 18/04/2018 tarihi olduğunu, davalının bu tarihten önce bastırıldığını iddia ettiği ürün kataloğunu ve katalogun basımına ilişkin 12/03/2018 tarihli faturayı delil olarak sunduğunu, dairece faturayı düzenleyen (ürün kataloğunun basım işini yapan) dava dışı şirkete fatura içeriği sorulduğunda, söz konusu dava dışı şirketin faturayı doğruladığını, böylece davalının önceki kullanım hakkı kapsamında ispat şartını yerine getirdiğini kabul etmiş ve davacının istinaf başvurusunu reddetmiştir⁷⁰.

⁶⁷ Tekinalp (n 1) 67.

⁶⁸ Suluk (n 47) 310.

⁶⁹ Smielick (n 56) 256.

⁷⁰ Ankara BAM 20 HD, E 2020/108 K 2021/1285, 07.11.2021 <<https://intranet.uyap.gov.tr/>> erişim tarihi 11 Şubat 2023

Bazı durumlarda, olayın oluş şekli, önceki kullanım hakkına dayanan kişinin, önceki kullanımını ispat için ayrıca delil sunmasını gerektirmeyebilir. Konuya ilişkin olayda “Amortisör değiştirme ve fren körüğü makinası” adlı ürüne ilişkin tasarım koruması için 30/03/2016 tarihinde, faydalı model koruması için ise 06/04/2016 tarihinde başvuru yapmış olan davacı; tasarım ve faydalı modelinin davalı tarafça üretilip satılarak haklarına tecavüz edildiği iddiasıyla tecavüzün durdurulması, önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat taleplerini içerir dava açmıştır. Davalı, önceki kullanımdan doğan hak iddiasına dayanmıştır. Bilirkişi incelemesinde davalının, davacının hem tasarım hem de faydalı model hakkına tecavüzünün vaki olduğu, ayrıca davalının önceki kullanımdan yararlanabilmesi için bunu ek delillerle ispat etmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapılmış ve neticeten ilk derece mahkemesince davalı aleyhine, tecavüzün durdurulmasına, kaldırılmasına ayrıca maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Konuyu istinaf aşamasında inceleyen Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına dair kararında; davacının, 14/04/2016 tarihinde tespit talep edip bu talebine davalının kataloğunu da eklediğini ve davacının bu talebi doğrultusunda 22/04/2016 tarihinde yapılan tespitte tasarım ve faydalı model haklarının ihlal edilmesine neden olduğu iddia olunan makinenin davalının iş yerinde bulunduğunu belirtmektedir. Daireye göre davacının tasarım koruması talebinin tarihi 30/03/2016 tarihi olduğuna göre tespit talep edilen tarihte yani 14/04/2016 tarihinde tasarım koruma talebi üzerinden henüz 15 gün geçmiştir. Yine aynı tarih itibarıyla, 06/04/2016 tarihli faydalı model başvurusunun üzerinden ise 8 gün geçmiştir. Davalının bu kadar kısa sürede dava kapsamında yer alan nitelikli bir makineyi üretip bu makineye dair katalog bastırması mümkün değildir. Ayrıca tespit tarihi tasarım ve faydalı modelin yayım tarihinden öncedir. Bu durumda davalının, makineyi davacının müracaat tarihlerinden önce ürettiğinin kabulü gerekmektedir. Davalının üretiminde kötü niyetli olduğu da kanıtlanamadığından, davalı eyleminin, önceki kullanımdan doğan hak kapsamında kaldığı ve davacının haklarına yönelik bir tecavüzünün bulunmadığı sonucuna varılmış ve böylece ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak temyiz yolu açık olmak üzere davanın reddine karar verilmiştir. Ayrıca Daire, dosya kapsamında yer alan bilirkişi raporunda benzer sonuçlara ulaşılmasına rağmen, “davalının önceki kullanımdan doğan haktan ancak önceki kullanımını ek delillerle ispatlaması halinde yararlanabileceği” yönündeki görüşe ilişkin olarak da davalı ürününün mahkeme tarafından tespit edilmesini nazara alarak ayrıca bir ispata lüzum bulunmadığını belirtmektedir⁷¹. Bölge adliye mahkemesinin anılan kararı, temyiz aşamasında Yargıtay tarafından onanmıştır⁷². Dolayısıyla, bu tür durumlarda davalının ayrıca bir delil ibraz etmesine de gerek yoktur. Zira zaten yapılan tespit ve muhakeme ile

⁷¹ Ankara BAM 20 HD, E 2022/80 K 2022/130, 10.03.2022 <<https://intranet.uyap.gov.tr/>> erişim tarihi 11 Şubat 2023.

⁷² Yargıtay 11 HD, E 2022/2942 K.2023/6939, 29.11.2023 <<https://intranet.uyap.gov.tr/>> erişim tarihi 11 Ağustos 2023

önceki kullanım ispat edilmiş bulunmaktadır.

Önceki kullanımdan doğan hakkın ispatının gündeme geldiği başka bir olayda, davacı, 2006 yılında tescil ettirdiği nevsim takımı tasarımlarının davalı Millî Savunma Bakanlığı tarafından yapılan ihale ile diğer davalıya yaptırılması nedeniyle kendisine ait tasarım hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla tecavüz ve tazminat davaları açmıştır. İlk derece mahkemesince tecavüzün varlığı kabul edilerek her iki davalı aleyhine de tazminata hükmedilmiştir. Davayı temyiz aşamasında inceleyen Yargıtay, davalı bakanlığın “dava konusu tasarımı ihtiva eden ürünlerin davacıya ait tescilli tasarımın tescil tarihi öncesinde (2003 yılında) yapılan ihale ile de alındığı” yönündeki savunması araştırılarak somut olayda Mülga Tasarım KHK 23. maddesinde yer alan önceki kullanımdan doğan hak koşullarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁷³. Karara karşı davacı vekilinin karar düzeltme istemi de anılan daire tarafından reddedilmiştir⁷⁴.

Başka bir olayda, davacının tecavüze uğradığını iddia ettiği tasarımları için başvuru tarihi 20.01.2012 tarihidir. Aynı tasarımlar için davalı da 18.01.2012 tarihinde, yani davacıdan iki gün önce başvuru yapmış ancak tescil işlemlerini ikmal etmemiştir. Davacı, tasarım hakkının tecavüze uğraması nedeniyle tazminat talep etmektedir. İlk derece mahkemesi, tasarımın davacı tarafından daha önce başvuruya konu edilmesi nedeniyle kullanıldığını, bu kullanımın Mülga Tasarım KHK'nın 23. maddesi kapsamında olduğunu belirterek davacının davasının reddine karar vermiş ve bu karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesince onanmıştır⁷⁵. Dolayısıyla, ikmal edilmeyen başvuru da önceki kullanımın ispatında delil olabilecektir.

“Patent kapsamındaki önceki kullanımdan doğan hak” bağlamında mahkeme kararlarında, kullanım için gerçek ve ciddi tedbirler alma durumuna örnek olarak gösterilen, “üretim için kesin sözleşme yapılması” gibi eylemler⁷⁶ tasarım hakkı bağlamında da örnek gösterilebilir.

5. Ticari Amaçla ve Ülke İçinde Kullanım

Ticari amaçla ve ülke içinde kullanım, Mülga Tasarım KHK'nın 23. maddesinde yer almayan bir koşuldur. Her ne kadar Mülga Tasarım KHK'da doğrudan “ticari amaçla kullanım” ifadesi yer almıyorsa da “tasarım hakkının koruma amacı” ile Mülga Tasarım KHK'nın 23. maddesinde yer alan “Bu kullanma hakkı ancak işlet-

⁷³ Yargıtay 11 HD, E 2015/8624 K 2016/4018, 12.04.2016 <<https://intranet.uyap.gov.tr/>> erişim tarihi 12 Şubat 2023

⁷⁴ Yargıtay 11 HD, E 2016/12874 K.2018/5994, 04.10.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 12 Şubat 2023

⁷⁵ Yargıtay 11 HD, E 2015/6388 K 2016/71813, 22.02.2016 -İncelenen İlk Derece Mahkemesi Kararı: İstanbul 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi E 2013/19 K 2015/33, 19.02.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 12 Şubat 2023

⁷⁶ Çağlar (n 27) 85 (RG GRUR 1942, 155.).

me ile devredilir.” şeklindeki ifade birlikte değerlendirildiğinde, önceki kullanımdan doğan hak kapsamındaki kullanımın ticari amaçla kullanım olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yine her ne kadar Mülga Tasarım KHK’da “ülke içinde kullanıma” ilişkin bir ifade geçmese de Mülga Tasarım KHK’nın uygulandığı dönemde de ülke içinde kullanım şartının aranmasının ülkesellik ilkesinin bir sonucu olduğu kanaatindeyiz. *Suluk* da Mülga Tasarım KHK’nın uygulandığı dönemde önceki kullanımdan kaynaklı hak doğabilmesi için ülkesellik ilkesi gereği tasarımın Türkiye’de kullanılması gerektiğini, yurtdışındaki kullanım kapsamında bu hakkın talep edilemeyeceğini belirtmektedir⁷⁷. Benzer şekilde *Erdil* de kullanım ya da hazırlığın Türkiye’de gerçekleşmiş olması şartının ülkesellik ilkesinin bir yansıması olduğunu belirtmektedir⁷⁸. Ayrıca 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü kapsamındaki önceki kullanımın da topluluk sınırları içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir⁷⁹. Nitekim tüzüğün 22/1. maddesinde “Topluluk dahilinde” ifadesi de açıkça yer almaktadır⁸⁰.

Sonuç olarak, SMK’nın 60. maddesi ile Mülga Tasarım KHK döneminde madde metninde yer almasa da önceki kullanımın hak doğurabilmesi için fiilen aranan “ticari amaçla” ve “ülke içinde” kullanım şartlarının madde metnine açıkça yazılmış olduğunu söyleyebiliriz.

Çolak, patent hakkı kapsamında önceki kullanımdan doğan hakkın doğabilmesi için kullanımın gizli olması gerektiğini, aksi halde önceki kullanımın diğer patentin yenilik şartını taşımasına engel olarak tescil başvurusunun reddine veya tescil gerçekleşmişse tescilin hükümsüzlüğüne neden olacağını belirtmektedir⁸¹.

Çelik tasarım kamuya sunulmuşsa önceki kullanımdan doğan hak talep edenin zaten hükümsüzlük davası açabileceğini, bu hakkın sadece kullanım için ciddi ve gerçek tedbirler alma durumunda anlam ifade edeceğini belirtmektedir⁸².

Topluluk tasarımları bakımından 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü’nün 22. maddesi kapsamındaki “kullanımın” aynı tüzüğün 19/1. maddesindeki kullanım olarak anlaşılması gerektiğini belirtilmektedir⁸³.

Tüzüğün 19/1. maddesinde, kullanım kapsamında tasarımı taşıyan bir ürünün piyasaya sürülmesi, ihracat veya ithalatı, stoklanması gibi faaliyetler sayılmaktadır.

⁷⁷ *Suluk* (n 47) 309.

⁷⁸ Engin Erdil, *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 430.

⁷⁹ *Suluk* (n 37) 41.

⁸⁰ <<https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/avrupa-birligi-direktifleri/2002-6-ec-tur-1-5fdddfb8ac4e8.doc>> erişim tarihi 15 Ağustos 2024

⁸¹ *Çolak* (n 60) 1115.

⁸² *Bilgin* (n 34) 33.

⁸³ Stone (n 45) 479 (kenar numarası 20.20); Oliver Ruhl, *Gemeinschaftsgeschmacksmuster* (2. Baskı, Carl Heymanns Verlag 2010) madde 22 kenar numarası 8; Smielick (n 56) 255.



Stone, ürünlerin gizli olarak stoklanmasının veya yine gizlilik şartları çerçevesinde belirli perakendecilere sunulmasının bu kapsamdaki örnekler olduğunu belirtmektedir⁸⁴. Bu örnek ile *Çelik* ve *Çolak*'ın aktarılan görüşleri birlikte değerlendirildiğinde, önceki kullanımdan doğan hak talep eden kişinin kullanımının gizli olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak ne patent ne de tasarım hakkı kapsamında kullanımın gizli olması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

SMK'nın 57/1. maddesinde “kullanma” fiili kamuya sunma türlerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu kullanım her zaman gizli kalmayabilir. Çalışma kapsamında aktardığımız somut uyuşmazlıklarda da görüleceği üzere önceki kullanımın sergileme gibi faaliyetlerle kamuya açıklanması söz konusu olabilmekte ve bu durumda Yargıtay önceki kullanımdan doğan hak tanınmasını meşru görmektedir⁸⁵. Önceki kullanım gizli kalmayıp kamuya açıklandığında, önceki kullanım hakkı talep edebilecek olan hak sahibinin; önceki kullanımdan doğan hak talebinin yanında diğer tasarım sahibinin tescil başvurusuna karşı “başvurusu yapılan tasarımın yenilik şartı taşımadığı” gerekçesiyle itiraz veya söz konusu başvuru kesinleşip tescil gerçekleşmişse aynı nedene dayanarak hükümsüzlük davası açma hakkı da bulunacaktır. Ancak önceki kullanıcı bu haklarını kullanmayıp önceki kullanımdan doğan hak da talep edebilecektir.

Yargıtay da bu tür durumlarda önceki kullanımdan doğan hakka dayanan kişinin tescilli tasarım sahibine ayrıca hükümsüzlük davası açmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Dava konusu olayda, davacı kendisine ait yatak ve yemek odası tasarımlarının davalı tarafından üretildiği iddiasıyla tazminat talep etmiş, davalı şirket dava konusu tasarımları davacının tasarım başvurusundan önce fuarda sergilediğini, bu tasarımları içerir katalog bastırıldığını iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, davalının davacı tasarımına yönelik geçmişteki itirazının tescil aşamasında reddedildiğini de gerekçe göstererek davanın kabulü yönünde hüküm kurmuştur⁸⁶. Konu temyiz aşamasında Yargıtay'ın önüne geldiğinde ilgili daire; somut olayda davalının açtığı bir hükümsüzlük davası bulunmuyor ise de Mülga Tasarım KHK'nın 23. maddesi bağlamında ispat edilmesi halinde davalının önceki kullanımdan doğan hakka dayanabileceği nazara alınarak davalının bu yöndeki savunması incelenerek bu duruma göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁸⁷. Dolayısıyla, hükümsüzlük davası açma imkânı olduğu halde bu davayı açmayan kişinin de önceki kullanımdan doğan hak talebinde bulunması mümkündür. Tabi bu durumda, önceki kullanımdan doğan hak sahibi, yenilik şart-

⁸⁴ Stone (n 45) 479 (kenar numarası 20.20)

⁸⁵ Yargıtay 11 HD, E 2021/2880 K 2022/7264, 20.10.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 12 Şubat 2023

⁸⁶ Yargıtay 11 HD, E 2012/8439 K 2013/8020, 22.04.2013 tarihli kararıyla temyizen incelenen İzmir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi E 2010/120 K.2012/32, 13.03.2012 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 12 Şubat 2023

⁸⁷ Yargıtay 11 HD, E 2012/8439 K 2013/8020, 22.04.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 12 Şubat 2023

tını sağlamadığını iddia ettiği tescil sahibinin tasarımını hükümsüz kıldığında daha avantajlı olacaktır. Ancak bu davayı açmadan da önceki kullanımdan doğan hak talep etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, önceki kullanıcı hükümsüzlük davası açmaya zorlanamaz.

D. Önceki Kullanımdan Doğan Hakkının Kapsamı ve Niteliği

Patent hakkı kapsamındaki önceki kullanım hakkı gibi, tasarım hakkına ilişkin önceki kullanımdan doğan hak da tescil sahibine tanınan hak gibi mutlak bir hak olmayıp, nisbi bir haktır⁸⁸. Bu hak, istisnai bir hak olduğu için kullanımı sınırlı düzeyde olacaktır⁸⁹. Önceki kullanımdan doğan hak sahibi, tasarımı sınırlı olarak kullanabilecek, ancak tasarımın kullanılmasının engellenmesine yönelik talepte bulunamayacaktır⁹⁰. Başka bir deyişle, önceki kullanımdan doğan hak sahibine olumlu yetki olan kullanım yetkisi verdiği halde, olumsuz yetki olan başkalarının kullanımını engelleme yetkisi vermemektedir⁹¹. Önceki kullanımdan doğan hak, bir lisans anlamına gelmez ve bu hakkın sınırları hak sahibinin bireysel durumuna göre belirlenir⁹².

Önceki kullanımdan doğan hakkın sınırları SMK'da şu şekilde belirlenmiştir:

1- Önceki kullanımdan doğan kullanma hakkı, yapılan hazırlıklarla sınırlı olarak ve işletmenin makul ihtiyaçlarını giderecek ölçüde verilir (SMK 60/1).

2- Bu şekilde elde edilen kullanım hakkı, lisans vermek suretiyle devredilemez. Hak sahibi bu hakkı üçüncü kişiye ancak işletmesini devrederse devredebilir (SMK 60/2).

3- Hak sahibi, hakkını sicile kaydettirip bültende yayımlatabilecektir (SMK 60/1)

Önceki kullanımdan doğan hakkın sınırı bakımından Mülga Tasarım KHK'nın 23. maddesi hükmü ile SMK'nın 60. maddesinde yer alan hüküm benzer içeriğe sahiptir. Ancak SMK'nın 60. maddesinde ek bir sınırlandırıcı kriter olarak önceki kullanımdan doğan hakkın işletmenin makul ihtiyaçlarını giderecek ölçüde verileceğinden de bahsedilmektedir. İşletmenin makul ihtiyaçları denilmek suretiyle aşırı yararlanmanın önüne geçilmek istenilmiştir. Kullanımın makul seviyede olup olmadığı hususu somut olaya göre belirlenebilecektir. Örneğin, bir işletmenin birden çok yerde imalathane, fabrika vb. tesisi bulunabilir. Eğer bu tesisler iktisadi anlamda tek işletme kapsamında ise farklı yerlerde yapılacak üretim, satış vb. kullanımlar da önceki kullanımdan doğan hak kapsamında kabul edilecektir⁹³.

⁸⁸ İlhami Güneş, *Smâi Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021) 262.

⁸⁹ Tekinalp (n 1) 690.

⁹⁰ Çağlar (n 27) 82.

⁹¹ Olumlu-olumsuz yetki ayrımı için bakınız: ibid 80.

⁹² Smielick (n 56) 258.

⁹³ Çağlar (n 27) 87-89.



Kullanma hakkının işletme ile devredilebileceği hususu da her iki düzenlemede de belirtilmiş, ancak Mülga Tasarım KHK'nın 23. maddesinden farklı olarak SMK'nın 60. maddesinde önceki kullanımdan doğan hakkın lisans yoluyla genişletilemeyeceği ve devredilmeyeceği hususuna da açıkça yer verilmiştir.

Önceki kullanımından doğan hakkın sicile kaydedileceği hususu da her iki düzenleme de de yer almakta olup, SMK'nın 60. maddesi bu noktada yeni bir düzenleme olarak sicile kaydedilmenin yanında hakkın bültende yayımlanacağına da yer vermiştir.

Bu hak hem gerçek kişiler hem tüzel kişiler tarafından ileri sürülebilecek bir haktır⁹⁴.

Yargıtay'a göre⁹⁵ önceki kullanımdan doğan haktan yararlanan kişilerin ürettiği ürünleri alan müşteriler de bu haktan istifade edebileceklerdir⁹⁶.

Uygulamada, önceki kullanımdan kaynaklanan hak, tescilli tasarım sahibine karşı dava açılarak talep edilebileceği gibi bazen de tescilli tasarım sahibinin açtığı tecaüz ve/veya tazminat davasında bir savunma (def'i) olarak ileri sürülebilir⁹⁷.

Tasarımın başvuru sonrası kullanılmaması, bu hakkın doğrudan yitirilmesine sebep olmaz. Ancak hakkın; feragat, işletmenin kapatılması, faaliyetin durması gibi nedenlerle sona ermesi mümkündür⁹⁸.

Son olarak, önceki kullanımdan doğan hakkın patent hukukunda olduğu gibi tasarım hukukunda da tasarım hakkının tanıdığı mutlak yetkileri sınırlayarak rekabeti artırıcı bir etkiye sahip olduğu söylenebilir⁹⁹.

SONUÇ

Önceki kullanımından doğan hak, tasarım ve patentler bakımından teklik ilkesinin ve objektif yenilik ilkelerinin istisnası olarak hakkaniyet gereğince tanınan ve menfaatler dengesi kapsamında sınırlı yetkiler bahşeden nispi bir haktır.

Önceki kullanımın hak doğurabilmesi için belirli şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede kullanımına dayalı olarak önceki kullanım hakkı talep edilen tasarım, tescilli tasarımın koruma kapsamına girmeli ve tescilli tasarımdan bağımsız üretilmiş olmalıdır. Önceki kullanım hakkı talep eden kişi iyi niyetli olmalıdır. Yine bu kişi başvuru tarihinden önce tasarımı kullanmış olmalı veya söz konusu tasarımın kullanımı için gerçek ve ciddi tedbirler almış olmalıdır. Son olarak

⁹⁴ Suluk (n 47) 310.

⁹⁵ Yargıtay 11 HD, E 2000/394 K 2000/3788, 02.05.2000 Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı <<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>> erişim tarihi 08 Ağustos 2024

⁹⁶ Suluk (n 47) 310-311.

⁹⁷ Suluk, Karasu ve Nal (n 7) 19.

⁹⁸ Saraç (n 32) 114.

⁹⁹ William Hubbard, 'The Competitive Advantage Of Weak Patents' (2013) 54 Boston College Law Review 1909,1965

kullanım veya kullanım için gerçek ve ciddi tedbirler alınmasının ticari amaçla ve ülke içinde olması gerekmektedir.

Bu hakkın kapsam ve koşullarının anlaşılması bakımından Mülga Tasarım KHK ve SMK'da nasıl düzenlendiğinin anlaşılması önemlidir. SMK ile Mülga Tasarım KHK döneminde önceki kullanımdan doğan hakkın koşulları ve kapsamı bakımından benzerlikler de farklılıklar da bulunmaktadır.

Kanaatimizce bu noktada düzenlemeler arasında önceki kullanım hakkının koşulları bakımından ortaya çıkan iki farklılık önem arz etmektedir. Bunlardan ilki, SMK'nın 60. Maddesinde Mülga Tasarım KHK'nın 23. maddesinde yer alan "rüşhan tarihi" ifadesinin metinden çıkartılması olmuştur. 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 22. maddesinde de "rüşhan tarihi" ifadesi, Mülga Tasarım KHK'dakine benzer şekilde yer almaktadır. Mevcut durumda, önceki kullanımdan doğan hak talepleri bakımından tescil sahibinin rüşhan hakkı söz konusu olsa dahi sadece başvuru tarihi esas alınmak suretiyle önceki kullanımdan doğan hakkın doğup doğmadığı incelenecektir. Mülga Tasarım KHK döneminde, sergi veya başvuru rüşhanı ile tasarım için rüşhan hakkı doğmuşsa, rüşhan tarihinden sonraki "kullanım veya kullanım için gerçek ve ciddi tedbir alma" ile önceki kullanımdan doğan hak talebi mümkün değildi. Yeni dönemde ise rüşhan hakkının bulunup bulunmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Artık önceki kullanımdan doğan hak talebi bakımından sadece başvuru tarihi esas alınmaktadır. Yeni düzenleme ile getirilen ikinci temel değişiklik ise, önceki kullanımdan doğan hak kapsamındaki tasarım için Mülga Tasarım KHK döneminde aranan "önceden kamuya sunulmamış olma" kriterinin SMK m. 60 kapsamında artık aranmayacak olmasıdır. Böylece hoşgörü süresini kullanan kişi, kamuya ilk sunum tarihinden sonraki kullanımlara dayalı önceki kullanımdan doğan hak taleplerine de engel olamayacaktır. Bu değişiklik ise Mevaz Tüzük 22. madde ile aynı yönde bir düzenleme olmuştur.

Kanaatimizce, mevaz yasal düzenlemeler hukukumuzda aktarılrken kanun formülasyonunu bozacak şekilde bir iktibas uygun değildir. Ya müstakil bir düzenleme yapılmalı veya alınan düzenleme yarım alınmamalıdır. Dolayısıyla, önceki kullanımdan doğan hakkın doğumu bakımından rüşhan tarihi ifadesinin metinden çıkartılarak sadece başvuru tarihinin esas alınması yönündeki değişikliğin isabetli olmadığını değerlendiriyoruz.

Ayrıca, KHK'lar döneminde tasarım için "önceki kullanımdan doğan hak", patentler için "ön kullanım hakkı" şeklinde farklı ifadelere yer verilmişken SMK ile her iki hak bakımından ortak olmak üzere "önceki kullanımdan doğan hak" ifadesine yer verilmesi isabetli olmuştur.

Önceki kullanımdan doğan hakkın kullanılmasına, kullanım hazırlıkları muvacehesinde ve işletmenin makul gereksinimlerini karşılayacak ölçüde müsaade edilecek olması nedeniyle, konuya ilişkin davalar kapsamında hâkimin takdir yetkisi sıklıkla devreye girecek ve somut olaya göre kararlar verilecektir. Bu nedenle, hakkın kapsamının belirlenmesinde içtihatlar büyük önem taşımaktadır.



Hukukumuzda uygulaması sık görülmesine de hakkaniyet ilkesinin bir gereği olarak iyi niyetli tasarımcıya emek ve gayretinin korunması bakımından önceki kullanımdan doğan hak tanınmasının doğru bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, bu hakkın sıkı koşullara bağlanarak sınırlı düzeyde tanınması da tescil sahibinin haklarının korunması bakımından isabetli bir yaklaşımdır.

KAYNAKÇA

- Ayhan R, Çağlar H ve Yıldız B, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (1. Baskı, Adalet 2021).
- Baş K, Pekdinçer RT ve Giray RE, *Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ulusal-Uluslararası) (2. Baskı, Seçkin 2019).
- Bently L, Sherman B, Gangjee D ve Johnson P, *Intellectual Property Law* (5. Baskı, Oxford University Press 2018).
- Bilgin A, *Endüstriyel Tasarım Hakkı Ve Tazminat Davaları* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2006).
- Bozgeyik H ve Er S, 'Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma', (2019) 5(1) Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 19-38.
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Coşkun Z, 'Patent Hakkına Tecavüz Halinde Tazminat Davaları' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2022).
- Çağlar H, 'Patent Hukukunda Ön Kullanım Hakkı' (2006) 10(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-92.
- Çolak U, *Türk Patent Hukuku* (4. Baskı, Adalet 2022).
- Erdil E, *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021).
- Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021).
- Hubbard W, 'The Competitive Advantage Of Weak Patents' (2013) 54 Boston College Law Review 1909-1965.
- Kaya A, 'Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar' (1997) 55(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173-200.
- Koşer N, 'Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı' (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 380-93.
- Kur A ve Dreier T, *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials* (Edward Elgar Publishing 2013).
- Memişoğlu SÖ, *Tescilli Tasarımlarda Yenilik ve Ayırt Edicilik Unsurları* (1. Baskı, Seçkin 2020).

Özden Merhacı S, *Avrupa Birliği Düzenlemeleri ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarımların Hükümsüzlüğü* (1. Baskı, Seçkin 2023).

Llewelyn D ve Aplin T, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights* (4. Baskı, Oxford University Press 2022).

Ruhl O, *Gemeinschaftsgeschmacksmuster* (2. Baskı, Carl Heymanns Verlag 2010).

Saez V, 'Applying for Protection Under the Community Design System European Commission Internal Market DG- Services, Electronic Commerce, Intellectual and Industrial Property and the Media Industrial Property' (2002) 10(2) University of Baltimore Intellectual Property Law Journal 93-102.

Saraç T, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (1. Baskı, Seçkin 2003).

Smielick D, 'Article 22' içinde Gordian N. Hasselblatt (Ed), *Community Design Regulation (Article-by-Article Commentary)* (2. Baskı, C.H. Beck 2018).

Stone D, *European Union Design Law: A Practitioners' Guide* (2. Baskı, Oxford University Press 2016).

Suluk C, *Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması-Topluluk Tasarımı (Community Design)* (1. Baskı, Seçkin 2002).

— —, *Tasarım Hukuku (Endüstriyel Tasarım- Marka- Patent ve Faydalı Model Karşılaştırmalı)* (1.Baskı, Seçkin 2003).

Suluk C ve Dumlupınar Balçık Z, *Fikri Mülkiyet Hukuku Mevzuatı* (1. Baskı, Seçkin 2018).

Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2022).

Suthersanen U, *Design law : European Union and United States of America* (2. Baskı, Sweet & Maxwell 2010).

Şehirali Çelik FH, 'Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? -Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk' (2011) 12(1) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR) 39-69.

— —, 'Tescilsiz Tasarımların Hukuki Himayesi' içinde Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarslan (editörler), *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı (Çalıştay Tarihi: 19-22 Aralık 2019)* (Türkiye Adalet Akademisi 2020) 369-400.

— —, 'Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler' İçinde Feyzan Şehirali Çelik (ed), *6776 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017)* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017) 255-302.

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012).



Torremans P, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law* (9. Baskı, Oxford University Press 2019).

Yurduseven Ş, '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem' (2017) (31) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 669-690.

Yararlanılan İnternet Kaynakları:

AB Adalet Divanı 20/10/2011 Tarihli C-281/10 P sayılı kararı (*PepsiCo v. Grupo Promer Mon Graphic SA*) <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dcid=111581&doclang=EN>> Erişim tarihi 11 Ağustos 2024

Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002R0006.>> Erişim tarihi 29 Ocak 2023

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

<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>

<https://intranet.uyap.gov.tr/>

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

Intellectual Property Act 2014 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/18/contents.>> Erişim tarihi 19 Ocak 2023

TDK Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/?kelime=tasarim.>> erişim tarihi 11/01/2023

1876 tarihli Desenler ve Modellere Dair Eser Sahibi Haklarına İlişkin Kanun <<https://www.reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1876/index.htm>> Erişim tarihi 29 Nisan 2024

6/2002 sayı ve 12 Aralık 2001 tarihli Topluluk Tasarımlarına İlişkin Konsey Yönetmeliği <<https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/avrupa-birligi-direktifleri/2002-6-ec-tur-1-5fdddfb8ac4e8.doc.>> Erişim tarihi 22 Şubat 2023

ARTMİRASÇI ATAMADA GÜVENCE OLARAK TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH VERİLMESİ (TMK M 523/II)

*Put an Annotation to the Land Registry as Assurance of the Appointment
of Reversionary Heir (TMK M 523/II)*

Barış Can ÖZTÜRK*

Özet

Mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufla önmirasçıyı mirası veya belirli bir malı artmirasçıya bırakmakla yükümlü kılabilir. Mirasın artmirasçıya geçiş anı mirasbırakanın belirlediği zamana veya önmirasçının ölüm tarihine göre belirlenir. Önmirasçı atanmış mirasçı olmakla beraber mirası artmirasçıya geçirmekle mükelleftir. Artmirasçının beklenen hakkı söz konusudur. Türk Medeni Kanunu 523. Madde de, “Güvence” başlığı altında resmi defter tutulması, önmirasçının güvence sunması ve resmen yönetim hallerini sıralamıştır. Söz konusu bir taşınmaz ise güvence olarak mirası geçirme yükümlülüğü tapuya şerh edilebilir. Artmirasçı atama şerhi tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerhtir. Önmirasçı şerh verilmeden önce mirasın özüne dokunmaksızın tasarruf işlemi bulunabilir. Şerh verildikten sonra ise tapu kütüğünün kilitlenmediğinin kabulü halinde, önmirasçı yine tasarruf işlemi bulunabilir. Önmirasçının şerh verilmeden önceki ve verildikten sonraki tasarruf işlemleri, geçiş anının gelmesiyle farklı hukuki sonuçlar doğurur. Bu farklı hukuki sonuçların temelinde şerhin hukuki niteliği önem arz etmektedir. Buna göre şerh kurucu veya açıklayıcı niteliğe haiz olmasına göre birbirinden farklı neticelere ulaşılır. Kimi durumda sadece önmirasçının bazı durumlarda ise hem önmirasçı hem de üçüncü kişinin sorumluluğu söz konusu olur. Tapu kütüğündeki şerh kaydının terkinin, şerhin anlamsız kalması veya mirasın artmirasçıya geçmesi neticesinde istenebilir. Artmirasçı atamaya ilişkin hükümler belirli mal bırakma kapsamında da uygulama alanı bulur. Ne var ki ön vasiyet alacaklısı ve art vasiyet alacaklısı için külli değil, cüzi halefiyet ilkesi geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Önmirasçı, artmirasçı, artmirasçı atama şerhi, tapu kütüğü, tasarruf işlemi.

Abstract

The testator may oblige the provisional heir to leave the inheritance or a certain bequeathed property to the inheritor through testamentary disposition. The moment of transfer of the inheritance to the deceased is determined according to the time determined by the testator or the date of death of the provisional heir. Besides the provisional heir is the appointed heir and is obliged to pass the inheritance to the reversionary heir. Reversionary heir has the expected right. Article 523 of the Turkish Civil Code lists keeping official ledger, assurance of provisional heir and official management under the title of “Assurance”. If the subject is a immovable, the obligation to

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.02.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, bariscanozturk@karatekin.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5482-1256>.



transfer on the inheritance as assurance can be annotated in the land register. Annotation of reversionary heir restrict the power of disposition. Before the annotation is put, the provisional heir can make a disposition without affecting the essence of the inheritance. If it is accepted that the land registry is not closed, provisional heir can make a disposition also after the annotation is put. Different legal results are obtained depending on whether the annotation has a constitutive or explanatory quality. In some cases only the provisional heir is responsible, and in other cases both the provisional heir and the third party are responsible. Deletion of the annotation in the land registry may be requested in case the annotation becomes pointless or the inheritance transfers to the reversionary heir.

Keywords: Provisional heir, revesionary heir, annotation of reversionary heir, act of disposition, land register.

GİRİŞ

Hukuk kuralları, insanların son arzularının mümkün olduğunca yerine getirilmesine önem verir. Mirasbırakanın iradesi, terekesindeki malvarlığı değerinin belirli bir an geldiğinde artmirasçıya devredilmesi şartıyla, önmirasçıya intikali şeklinde olabilir. Hukukumuz mirasbırakanın iradesinden doğan artmirasçının beklenen hakkını, güvence altına almak için çeşitli tedbirler öngörmüştür. Bunlardan biri de taşınmaz söz konusu ise önmirasçının devir yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh olarak kaydettirilmesidir.

Şerhin güvence olarak kaydedilmesi sonucunda, bu durumun şerhin niteliği ve önmirasçının tasarruf yetkisi üzerindeki etkilerinin ne olduğunun cevaplanması gerekir. Taşınmaz üzerinde yapılan tasarruf işlemleri nedeniyle üçüncü kişiler kazanımlar elde edebilir. Üçüncü kişinin elde ettiği kazanımlar şerhten varlığına göre farklı sonuçlar doğurur. Bu durumda artmirasçının hakkının nasıl kullanılacağı, önmirasçı ve üçüncü kişinin sorumluluklarının ne olduğu cevap aranılması gereken sorulardır.

Konunun aydınlatılması ve soruların cevaplanması amacıyla ilk bölümde artmirasçı atama kurumu ele alınarak; genel bilgiler, mirasın geçiş anı, önmirasçı ve artmirasçı hakkında hükümler incelenmektedir. Ardından kanunda artmirasçı lehine öngörülen güvenceler değerlendirilmektedir. İkinci bölümde ise artmirasçı atamada tapu kütüğüne şerh verilmesi hem genel anlamıyla şerh kavramı ve türleri hem de güvence olarak şerhin özellikleri ele alınmaktadır. Bu kapsamda şerhin niteliği ve üçüncü kişilerin kazanımlarının artmirasçının hakkı üzerindeki etkileri irdelenmektedir. Nihayetinde şerhin terkinin açıklanmaktadır.

I. ARTMİRASÇI ATAMA

A. GENEL OLARAK

Kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu (TMK) m 521-525 arasında artmirasçı atamayı (fevkalade ikame) düzenlemiştir. Artmirasçı atama, esasen ölüme bağlı tasarrufla atanan mirasçıların birbiri ardına hak sahibi olmasını ifade eder. Doktrinadaki genel tanımlamaya göre, artmirasçı atama, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla bir kişiye miras veya belirli bir malı bir diğer üçüncü kişiye devretmek yükümlü

kılmasıdır¹. Buna göre mirasbırakan bir önmirasçı bir de artmirasçı belirler. Mirasbırakanın ölümü üzerine miras veya bırakılan belirli bir mal önmirasçıya geçer, mirasbırakanın belirlediği anda veya herhangi bir an belirlenmemişse önmirasçının ölümü üzerine artmirasçıya geçer. Bu şekilde iki aşamalı bir intikal öngörülmüştür².

Artmirasçı atamada amaç, mirasbırakanın saklı paylar haricinde tereke üzerinde daha fazla tasarruf edebilmesidir.

TMK m 521/III fıkrası gereği artmirasçı atamaya ilişkin hükümler, belirli bir mal bırakma kapsamında da uygulama alanı bulur. Buna göre ön vasiyet alacaklısı ve art vasiyet alacaklısının varlığı da mümkündür. Bu durumda önmirasçı ve artmirasçıdan farklı olarak külli değil, cüzi halefiyet söz konusu olur. Dolayısıyla tereke ile intikal borçlarından sorumluluk doğmaz³.

Mirasbırakan mirasın önmirasçıdan artmirasçıya geçiş anını kararlaştırabilir. Bu an, belli bir zaman olabileceği gibi bir şartın gerçekleştiği an da olabilir. Herhangi bir an belirlenmemişse önmirasçının ölümüyle miras artmirasçıya geçer (TMK m 522/I). Artmirasçı belirlenen anda veya önmirasçının ölümüyle belirlenen malvarlığını kazanır⁴. Her halükârda artmirasçı önmirasçının değil, mirasbırakanın mirasçısı konumundadır⁵.

Mirasın artmirasçıya geçme anı gelene kadar önmirasçı ölürse, malvarlığı değeri güvence vermeleri şartıyla önmirasçının mirasçılarına teslim edilir (TMK m 522/II). Mirasçılıktan çıkarma, yoksunluk, mirasın reddi, ölüm gibi herhangi bir sebeple belirlenen malvarlığının artmirasçıya geçmesini engelleyen bir sebep varsa, miras önmirasçıya; önmirasçı ölmüşse kesin olarak onun mirasçılarına kalır (TMK m 522/III). Aksine önmirasçı, mirasbırakanın ölüm anında mirasçı sıfatını kazanamayacaksa miras doğrudan artmirasçıya bırakılır (TMK m 525/III). Dolayısıyla önmirasçının mirasbırakanın ölümü anında malvarlığını kazanamaması halinde, artmirasçı yedek mirasçı gibi işlem görür. Ne var ki mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufunda bu durumların aksini öngörebilir. Buna göre mirasbırakan, artmirasçının mirası elde edememesi durumu için ona yedek mirasçı da atayabilir⁶. Bu durum üçüncü bir aşama anlamına gelmez.

¹ O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku* Cilt III (5. Bası, Seçkin 2021) 252; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (4. Bası, Yetkin, 2021) 167; Damla Gürpınar, *Artmirasçı Atama* (Turhan 2018) 10; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2022) 242; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku* (Yetkin 2022) 80.

² Antalya (n 1) 252; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (12. Bası, Yetkin 2021) 309; Yılmaz (n 1) 80.

³ Antalya (n 1) 253; Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi* (Seçkin 2004) 81; Gürpınar (n 1) 10; İnan/Ertaş/Albaş (n 1) 244; Rona Serozan ve İlkay Baki Engin, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022) 366.

⁴ İnan, Ertaş ve Albaş (n 1) 246; Serozan ve Engin (n 3) 367; Yılmaz (n 1) 81.

⁵ Antalya (n 1) 254; Eren ve Yücer Aktürk (n 1) 167; Gürpınar (n 1) 199; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (16. Bası, Der 2022) 161; Serozan ve Engin (n 3) 371.

⁶ Gürpınar (n 1) 12; İnan, Ertaş ve Albaş (n 1) 247; Serozan ve Engin (n 3) 372.

B. ÖNMİRASÇI HAKKINDA

Önmırasçı, mirasbırakanın ölümüyle belirlenen malvarlığına hak kazanır. Bu kazanım mirası artmırasçıya geçirmekle sınırlıdır. Önmırasçının tereke üzerinde intifa hakkına benzer bir hak iktisap ettiği söylenebilir. Buna göre önmırasçı tereke üzerinde kullanma, yararlanma hakkına sahiptir. Ne var ki özüne dokunamaz. Bu nedenle devredemez, imha edemez⁷. Çünkü esasında önmırasçının hakkı bozucu şarta bağlanmıştır ve nihayetinde miras kalan malvarlığını artmırasçıya geçirmekle yükümlüdür. Bunun aksine tasarruflar ise Türk Borçlar Kanunu m 171/III hükmü kapsamında şartın hükümlerini yani artmırasçının haklarını zedelediği ölçüde geçersizdir⁸.

Önmırasçı intifa hakkı sahibinden farklı olarak malik gibi konumlanır⁹. Tapu kütüğünde malik konumunda olan önmırasçı, terekeyi yönetme ve tasarrufta bulunma hakkına da sahiptir¹⁰. Böyle bir durumda önmırasçı ile iyiniyetli üçüncü kişi arasında yapılan işlem geçerlidir (TMK m 1023). Bu nedenle artmırasçı önmırasçıdan aynen teslimi talep etse de bu mümkün olmayabilir. Bu durumda artmırasçı tazminat talep edebilir¹¹.

C. ARTMİRASÇI HAKKINDA

Mirasbırakanın belirlemiş olduğu anda veya önmırasçının ölümüyle miras kalan malvarlığınının geçeceği kişi artmırasçıdır. Artmırasçının mirası kazanabilmesi için geçiş anında sağ olması gerekir (TMK m 525/I). Aksi halde miras önmırasçıya kalır. Bu hüküm emredici değildir, mirasbırakan mirasın artmırasçının mirasçılarına kalmasını da öngörebilir¹². Mirasbırakan henüz doğmamış kimseyi de artmırasçı olarak atayabilir (TMK m 583/I). Ne var ki belirlenen geçiş anında veya belirlenmemişse önmırasçının ölüm anında artmırasçının en azından cenin olması gerekir¹³. Mirasbırakan önmırasçı atamış ve mirasçılığının ne zaman sona ereceğini düzenlemiş fakat artmırasçı atamamışsa, artmırasçı mirasbırakanın yasal mirasçıları olarak kabul edilir¹⁴.

⁷ Hâkim görüş önmırasçının tereke üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı yönünde olsa da aksini savunan yazarlara göre, önmırasçı tasarruf yetkisine sahiptir fakat mirasın geçişi anında bu yükümlülüğünü yerine getirememekten kaynaklı doğan zararlara katlanması gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Gürpınar (n 1) 141 vd.

⁸ İmre ve Erman (n 5) 155; Yılmaz (n 1) 81-82.

⁹ Antalya (n 1) 255; Gürpınar (n 1) 111; İmre ve Erman (n 5) 154.

¹⁰ Sinem Gülşah Aydın, “Artmırasçı Atamada Önmırasçının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu”, (2019) 25(1) Marmara Ünivesitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 300.

¹¹ Doğan (n 3) 183; Eren ve Yücer Aktürk (n 1) 170; Gürpınar (n 1) 206; Öztan (n 2) 312; Yılmaz (n 1) 82.

¹² Öztan, s. 310.

¹³ Serozan ve Engin (n 3) 367-368; Öztan (n 2) 314; Yılmaz (n 1) 82.

¹⁴ Öztan (n 2) 308.

Artmirasçı atamada amaç, mirasbırakanın saklı paylar haricinde tereke üzerinde daha fazla tasarruf edebilmesidir¹⁵. Ne var ki önmirasçıya yüklenen mirası devretme yükümlülüğü, artmirasçıya yüklenemez. Birden fazla artmirasçı belirlenmesi söz konusu değildir. Aksi durum bir nevi aile fideikomisine yol açar¹⁶.

Artmirasçı hakkını, geçiş anında sağ olma geciktirici şartına bağlı olarak kazanırken, önmirasçının hakkı bozucu şarta bağlanmıştır. Burada artmirasçının hakkı, beklenen hak niteliğindedir¹⁷. Bu nedenle kesin bir sahiplik söz konusu değildir¹⁸. Kanun koyucu artmirasçının beklenen hakkını kuvvetlendirici ve koruyucu nitelikte güvenceler öngörmüştür. Bunlar; defter tutulması, güvence gösterme yükümlülüğü ve mirasın resmen yönetimidir (TMK m 523).

D. GÜVENCELER

1. Defter Tutulması

TMK m 523/I emredici hükmü gereği sulh mahkemesi, önmirasçıya geçen mirasın defterini tutar. Mirasbırakan veya başkası bunun aksine tasarrufta veya anlaşmada bulunamaz¹⁹. Defterin tutulması, geçiş anına kadar olan süreçteki işlemlerin tespiti, denetiminde ve nihayetinde devretmenin kapsamı konusunda delil teşkil eder. Bu nedenle defter tutulmasının çekişmeleri engelleyici bir niteliği vardır²⁰. Defterde aktif ve pasif tereke değerlerinin tamamı tutulur. Bu değer üzerinden geçiş anında azalma varsa artmirasçıya tazminat ödenmesi söz konusu olabilir. Ayrıca artmirasçının beklenen hakkı için gösterilecek güvence, defterdeki değere göre belirlenir²¹.

2. Güvence Gösterme Yükümlülüğü

Kanun koyucu artmirasçının geçiş anında ölüme bağlı tasarrufta öngörülen haklarını korumayı amaçlamıştır. Bu hakların geçiş anında ihlal edilmemesi adına ön-

¹⁵ Öztan (n 2) 314.

¹⁶ Aile fideikomisi, belirli mal topluluklarının veya hakkın uzun süreyle aile üyelerinin dışına çıkmasını amaçlayan aynı soydan gelenlere özgülenen bir feodal orta çağ kurumudur. Günümüz hukuk sistemlerinde ve Türk Medeni Kanunu'nda demokratik olmaması nedeniyle yasaklanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (16. Bası, Filiz 2021) 406; Antalya, s. 252; İnan, Ertaş ve Albaş (n 1) 243, dn. 267; Alman hukukunda önmirasçıdan artmirasçıya geçiş anına yönelik otuz senelik süre sınırlaması düzenlenmiştir. Türk kanun koyucu ise süre sınırlaması öngörmemiştir. Fakat genel eğilim intifa haklarındaki gibi yüz senelik sınırın artmirasçılıkta da uygulanması yönündedir. Detaylı bilgi için bkz. Serozan ve Engin (n 3) 370; Gürpınar (n 1) 211-212.

¹⁷ Artmirasçının hakkının beklenen hak olup olmadığına yönelik tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gürpınar (n 1) 168 vd.

¹⁸ Antalya (n 1) 253; Serozan ve Engin (n 3) 373; Yılmaz (n 1) 82.

¹⁹ Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi* (TMK m 495-574) Cilt-I (2. Bası, Onikilevha 2022) 451; Eren ve Yücer Aktürk (n 1) 168; Gürpınar (n 1) 176-177; Yılmaz (n 1) 82.

²⁰ Çabri (n 19) 451; Miras açıldıktan sonra defter tutulması durumunda koruma önlemi olarak delil tespitine gerek kalmayacağına ilişkin açıklamalar için bkz. Gürpınar (n 1) 174, dn. 397; Yılmaz (n 1) 82.

²¹ Aydın (n 10) 302; Çabri (n 19) 452; Gürpınar (n 1) 178.

mirasçının mirası teslim alma anında güvence göstermesini şart koşmuştur (TMK m 523/II). Aksi halde miras önmirasçıya teslim edilmez. Kanun koyucu güvence gösterilmesini, herhangi bir tehlike doğmasına veya zararın meydana gelmesine de bağlamamıştır²². Başlı başına önmirasçı ve artmirasçı kurumunun varlığı güvence gösterilmesini gerektirir. Ne var ki bu hüküm emredici değil, tamamlayıcı bir düzenlemedir. Mirasbırakanın önmirasçıyı güvence göstermekten açıkça bağışık da tutabilir²³. Mirasbırakanın önmirasçıyı güvenceden bağışık tutması neticesinde önmirasçı sadece geçiş anında elinde olanı vermekle yükümlüdür. Bu durumda önmirasçı sağlararası tasarruf yetkisi kapsamında serbestlik kazanır²⁴. Önmirasçı geçiş anı gelmeden ölürse miras, geçiş anı gelene kadar onun mirasçılarına bırakılır. Bu durumda mirasçılarının mirası teslim alması için güvence göstermeleri gerekir (TMK m 522/II). Fakat mirasbırakan önmirasçının mirasçılarını da güvence göstermekten bağışık tutabilir²⁵.

Kanunda güvencenin niceliğine ilişkin açık hüküm olmamakla beraber defter tutulması ile belirlenen tereke malvarlığı değerine eş olabilecek güvence gösterilmesi en doğalıdır. Ne var ki tüm terekeyi kapsayacak miktarda güvenceyi her önmirasçı gösteremeyebilir. Bu durumda daha az miktarda güvence gösterilmesi de doktrinde ileri sürülmektedir²⁶. Fakat bizim de katıldığımız görüş, terekenin tümü üzerinden güvence gösterilmesidir²⁷. Kanaatimizce mirasbırakan, önmirasçının mirası artmirasçıya devredebileceğine güvendiği gibi önmirasçının güvence gösterebilmesine de güvenmektedir. Aksi halde mirasbırakan son arzusunun gerçekleşmeyeceğini bile bile bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olur.

Güvencenin niteliği konusunda kanun koyucu taşınmazlar için tapu kütüğüne şerh verilmesini düzenlerken diğer malvarlığı değerleri için bir belirleme yapmamıştır. Güvence, önmirasçı tarafından veya onun lehine üçüncü kişiler tarafından aynen veya nakden olabilir. Kendi malvarlıkları üzerinde rehin hakkı, ipotek gösterme, ipotekli borç senedi düzenleme, irat seneti düzenleme, teminat mektubu ve kefil olma²⁸ gibi güvenceler gösterilmesi de mümkündür²⁹.

²² Çabri (n 19) 453; İmre ve Erman (n 5) 157, Yılmaz (n 1) 83.

²³ Eren ve Yücer Aktürk (n 1) 169; İnan, Ertaş ve Albaş (n 1) 245.

²⁴ Özellikle sağ kalan eşler bakımından bu duruma rastlanılmaktadır Bkz. İmre ve Erman (n 5) 158; Serozan ve Engin (n 3) 374.

²⁵ Gürpınar (n 1) 182; Önmirasçının mirasçılarının güvence vermekten bağışık tutulamayacağı çünkü TMK m 522/II hükmünün emredici olduğuna ilişkin görüş için bkz. Doğan (n 3) 84, dn. 286.

²⁶ Gürpınar (n 1) 184, dn. 432.

²⁷ Çabri (n 19) 454; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Miras Hukuku* (18. Bası, Filiz 2022) 182.

²⁸ Artmirasçı atamada güvence olarak gösterilecek kefalet sözleşmesinin alacaklısının kim olacağı belirsiz olabilir. Henüz doğmamış bir alacaklının varlığı mümkündür. Kefalet sözleşmesinde önemli olanın borçlunun kimliğidir bu nedenle alacaklı kimliğinin sonradan doldurulmak üzere ilgili makama teslim edilmesi beklenir. Detaylı bilgi için bkz. Gürpınar (n 1) 185.

²⁹ Doğan (n 3) 83; Gürpınar (n 1) 184 vd.

Türk Medeni Kanun m 523/II ikinci cümlesinde söz konusu mirasın taşınmaz olduğu durumda güvence olarak, mirası geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesi öngörülmüştür³⁰. Mirasbırakan taşınmazlarda da önmirasçıyı şerhten bağışık tutabilir. Tam aksine mirasbırakan şerh verilmesini zorunlu da tutabilir³¹. Ancak mirasbırakanın böyle bir iradesi söz konusu değilse, önmirasçının taşınmaz için güvence olarak illa şerh vermesi gerekmez³². Önmirasçı şerh dışında bir teminat da gösterebilir. Artmırasçının güvencenin türünü seçme hakkı yoktur³³. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre önmirasçı artmırasçının hakkını zedeleyici tasarrufta bulunabilir ve artmırasçı taşınmaza kavuşamayabilir. Bu nedenle artmırasçının şerhi talep edebilme hakkı olmalıdır³⁴. Kaldı ki Tapu Sicil Tüzüğü m 48 hükmünde “... şerhi içeren mahkeme yazısı” ifadesinden de artmırasçının en azından mahkemeden şerh verilmesini isteme hakkı olduğu çıkartılabilir. Önmirasçı güvence olarak şerh vermekle beraber bu yeterli olmazsa ilave güvence göstermesi de istenebilir. TMK m 521/III hükmü gereği artvasiyet alacaklısı atamada da güvence gösterilmesi ve dolayısıyla şerh verilmesi gerekir.

3. Mirasın Resmen Yönetimi

Türk Medeni Kanun m 523/III fıkrası mirasın resmen yönetimini düzenlemiştir. Mirasın resmen yönetime karar verilmesi için iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre önmirasçının güvence gösterme yükümlülüğüne aykırı davranması veya artmırasçının beklenen haklarının tehlikeye uğraması resmen yönetimi gerektirir. Mirasın resmen yönetilmesiyle güvenceye gerek kalmaksızın artmırasçının beklenen haklarının tehlikeye düşmesi engellenir. Resmen yönetimin terekenin tamamı üzerine olması gerekir. Terekenin bir kısmı üzerinde resmi yönetim genel kabul görmemektedir. Mirasın resmen yönetimine karar verilmesi sonucunda önmirasçının tereke üzerindeki yönetim ve tasarruf yetkisi ortadan kalkar³⁵.

Resmen yönetimin söz konusu olabileceği hallerden biri, önmirasçının bağışık tutulmamasına rağmen güvence gösteremeyecek durumda olması veya güvence göstermekten imtina etmesidir. Bu hallerde önmirasçıya malvarlığının teslimi dahi gerçekleştirilmez. Bu durumda mirasın resmen yönetimi gerekir. Hâkim resmen yönetime re’sen karar verir³⁶.

³⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. Bölüm

³¹ Aydın (n 10) 303.

³² Aydın (n 10) 303; Yine yazara göre şerh artmırasçıyı ve mirasbırakanın iradesini en geniş kapsamda koruyacak tedbirdir. Bu nedenle aksi öngörülmedikçe şerhin verilmesi gerekir. Bkz. Aydın (n 10) 304.

³³ Doğan (n 3). 84.

³⁴ Aydın (n 10) 304.

³⁵ Gürpınar (n 1) 198.

³⁶ Gürpınar (n 1) 194-195.



Resmen yönetimin uygulanabileceği diğer şart ise artmirasçının beklenen haklarının zarara uğramaksızın sırf tehlikeye düşmüş olmasıdır. Zararın doğması aranmaksızın tehlikenin varlığı resmen yönetim için yeterlidir. Tehlikeye düşme önmirasçının güvence göstermesine bağlı değildir. Önmirasçı güvence gösterse dahi artmirasçının hakkı olan malvarlığında azalma tehlikesi var olabilir. Bu durumda ek güvence verilmediği takdirde resmi yönetim mümkündür. Mirasbırakanın duyduğu güveni sarsacak tasarruflarda bulunmak da artmirasçının beklenen hakkını tehlikeye düşürebilir. Artmirasçı beklenen hakkının tehlikeye düştüğü gerekçesiyle hâkimden resmen yönetimi talep edebilir³⁷.

II. TMK M 523/II KAPSAMINDA TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH VERİLMESİ

A. ŞERH KAVRAMI VE TÜRLERİ

Şerhler, kişiye ait hakkı veya ileri sürülen hukuki işlemi ve konumu kuvvetlendirici görev gören tapu kütüğünde yer alan kayıtlardır³⁸. Şerh verilmesiyle beraber şerhe konu hakka taraf olmayan üçüncü kişiler, bu hakka uygun davranmak ve hakkı biliyor kabul edilmelidir³⁹.

Türk Medeni Kanunu m 1009-1011 hükümleri arasında; kanunda sınırlı sayıda belirtilen ve kişisel hakkın kuvvetlendirilmesine yarayan kişisel hakların şerhi (TMK m 1009), taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini kısıtlayan ve müstakbel hak sahiplerini koruyan tasarruf yetkisini kısıtlama şerhi (TMK m 1010) ve aynı hak iddiasında bulunma veya tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıklardan dolayı istem durumundaki geçici tescil şerhi (TMK m 1011) olarak üçe ayrılır.

Tasarruf yetkisinin kısıtlayan şerhleri hukuki etkisine göre de ayırmak mümkündür. Mahkeme kararı veya kanun gereği tasarruf yetkisi kısıtlanmış ise bu kısıtlanmanın tapuya şerhi açıklayıcı (bildirici) niteliktedir⁴⁰. Bu durumda tasarruf yetkisi mahkeme kararı veya kanun gereği zaten kısıtlanmıştır. Şerh sayesinde üçüncü kişilerin iyiniyetinin önüne geçecek şekilde tasarruf yetkisinin kısıtlanması görülebilir kılınmıştır. Eğer tasarruf yetkisi şerh verilmeksizin kısıtlanmıyorsa bu durumda şerh kurucu niteliğe haizdir. Şerh ile tasarruf yetkisinin kısıtlandığı üçüncü

³⁷ Gürpınar (n 1) 194-195.

³⁸ Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. Bası, Beta 2018) 314; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler* (Vedat 2007) 3.

³⁹ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (14. Bası, Adalet 2020) 445; Abdurrahman Üçer, *Tapu Kütüğüne Yapılacak Şerhler ve Hükümleri*, İstanbul Aydın Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2020) 26.

⁴⁰ Doğan (n 3) s. 185; Gümüş (n 38) 4; TMK m 1010/I-2 hükmünde yer alan haciz, iflas ve konkordato ile verilen süre için şerh beyanı açıklayıcı niteliktedir ve yine aile konutu şerhinde aile konutunun kurulmasıyla tasarruf yetkisi kısıtlanır bu nedenle şerh açıklayıcı niteliktedir görüşü için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021) 288-289; Sendi Yakuppur, *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi* (Onikilevha 2016) 71.

kişilere karşı ileri sürülebilir⁴¹.

B. TMK M 523/II VE M 1010/I-3 KAPSAMINDA ŞERHİN NİTELİĞİ

Türk Medeni Kanunu m 523/II hükmüne göre önmirasçının artmırasçıya devretmesi gereken miras eğer taşınmaz ise önmirasçının tapu kütüğüne mirası geçirme yükümlüğünü şerh düşmesi, güvence olarak yeterli görülebilir. Önmirasçının malik gibi miras üzerinde tasarruf yetkisi olmakla beraber bulunduğu hukuki konum gereği mirası artmırasçıya geçirme yükümlülüğü de vardır. O halde önmirasçının tasarruf yetkisi için mirasın özüne dokunmamanın kural olduğunu söyleyebiliriz. Ne var ki yine de önmirasçı devretme, yok etme gibi tasarruflarla mirasın özüne ve dolayısıyla artmırasçının beklenen hakkına zarar verebilir⁴². Kanun koyucu bu ihtimali gözeterek güvenceyle artmırasçının miras üzerindeki beklenen hakkını korumayı hedeflemiştir⁴³. Bu nedenle taşınmazlara özgü olarak tapu kütüğüne şerh verilmesini ve bu sayede önmirasçının taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırmayı istemiştir. Bu doğrultuda taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına, önmirasçının taşınmazı artmırasçıya devretme yükümlülüğüyle malik olduğu şerh düşülecektir⁴⁴. Tapu Sicili Tüzüğü m 48/I hükmü dikkate alınarak artmırasçı atamada şerh, vasiyetnamenin onaylı örneğinin ve ölüme bağlı tasarrufun tenfizine yönelik mahkeme kararının tapu sicil müdürlüğüne ibraz edilmesi suretiyle tapu kütüğüne kaydedilir⁴⁵. Nihayet doktrinde genel kanı katıldığımız üzere, bu şerhin tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerh olduğuna ilişkindir. TMK m 1010/I-3 ve TST m 48/I hükümlerinden de artmırasçı atamanın tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerh olduğu anlaşılmaktadır.

Fakat kimi yazarlar şerhin kişisel hakkın kuvvetlendirilmesi niteliğinde olduğunu da ifade etmektedir. Bu görüşe göre, bozucu şarta bağlı bir tasarruf işlemi söz konusu değildir. Art mirasçı şartın gerçekleşmesiyle kendiliğinden mülkiyeti kazanmaz. Ancak artmırasçı, önmirasçı ve onun mirasçılarından talep edebileceği bir alacak hakkına sahiptir. Artmırasçı önmirasçı gibi külli halef değildir. Ayrıca şarta bağlı tescili hukukumuz tapu sicil sisteminde olamaz. Bu nedenlerle kanun-

⁴¹ Gümüş (n 38) 4; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (11. Bası, Turhan 2021) 147; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 40) 292.

⁴² Önmirasçının taşınmaz üzerinde yönetim hakkı ve dolayısıyla tasarruf yetkisinin bulunmaktadır. Önmirasçı ancak yönetim hakkı kapsamında zorunlu olarak artmırasçının beklenen hakkına zarar verecek ölçüde tasarrufta bulunulabilir. Bu durumda yapılan tasarrufların geçerliliği kesindir. Detaylı bilgi için bkz. Aydın (n 10) 308-309.

⁴³ Öyle ki mirasın resmen yönetimine geçilse dahi tapu kütüğüne kaydedilen şerh, etkisini devam ettirir. Resmen yönetim altındaki tasarruflara karşı da şerh artmırasçıyı korumaya devam eder. Detaylı bilgi için bkz. Gürpınar (n 1) 198.

⁴⁴ Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 38) 316; İmre ve Erman (n 5) 157.

⁴⁵ Çabri (n 19) 455; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (12. Bası, Savaş 2021) 363.

daki düzenlemenin aksine burada kişisel hak şerhi söz konusudur⁴⁶.

Türk Medeni Kanunu m 1010/II hükmü kısıtlamanın şerhten sonraki hak kazananlara karşı ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. O halde bu şerh tapu kütüğünün kilitlenmesine (kapatılmasına) yol açmaz⁴⁷. Kaldı ki TMK m 1010/II hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için şerhten sonra işlem yapılması gerekir⁴⁸. Önmirasçının taşınmazı artmırasçıya devretme yükümlülüğü, tapu kütüğüne şerh olarak kaydedilse dahi önmirasçının taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilir. Şerhten sonra taşınmazın üçüncü kişi tarafından devralınması halinde, bu işlem ve yeni malik tapu kütüğüne kaydedilir. Tasarruf işleminin tapuya yazılmasını engelleyen bir yasaklama söz konusu değildir. Burada şekli bir sınırlama olmaksızın, maddi sınırlama söz konusudur. Başka bir deyişle önmirasçının tasarruf yetkisi ehliyet yönünden kısıtlanmıştır⁴⁹. Ne var ki bu kısıtlamayı aşan tasarruflar yapılsa bile bu tasarrufların tapu kütüğüne kaydedilmesine bir engel yoktur, tapu kütüğü kilitlenmemiştir.

Hem kanunun lafzından hem kapsamı itibarıyla artmırasçı atamada güvence olarak gösterilen şerhin tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerh olduğu açıktır. Ne var ki bu düzenlemenin tasarruf yetkisini kısıtlama bağlamında kurucu nitelikte mi açıklayıcı nitelikte mi olduğu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, artmırasçı atamada güvence olarak verilen şerh tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının kurucu unsurudur diğer bir deyişle şerh olmaksızın tasarruf yetkisi kısıtlanmaz. Şerhle beraber tasarruf yetkisi kısıtlanır⁵⁰. Şerhin açıklayıcı olduğunu kabul eden görüşe göre, önmirasçının tasarruf yetkisi şerh öncesi zaten kısıtlanmıştır⁵¹. Şerh, önmirasçının tasarruf yetkisinin taşınmazı artmırasçıya devretme yükümüyle kısıtlandığını açıklama/bildirme görevi görür.

⁴⁶ Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, (4. Bası, Vedat 2014) 184; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha 2014) 181-182; Ayrıca şerhin artmırasçının beklemece hakkını kuvvetlendirici olduğunu belirten yazara göre, artmırasçının talebi doğrultusunda önmirasçı şerh düşecektir. Şerh sonrası aynı haklar artmırasçının beklemece hakkının bilinmesi nedeniyle ileri sürülemez. Taşınmazın artmırasçıya geçmesiyle bu aynı haklar tapu kütüğünden terkin edilir. Bu nedenle artmırasçının kişisel nitelikli beklemece hakkı şerhle kuvvetlendirilir ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 38) 316.

⁴⁷ Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2021) 289; Ayan (n 39) 466; Aybay ve Hatemi (n 46) 106; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984) 283; Ekrem Kurt, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi* (Kazancı 2004) 58; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Onikilevha 2020) 68; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 40) 292; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022) 235; Ünal ve Başpınar (n 45) 413.

⁴⁸ Mustafa Serdar Özbek, “*Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları*” (2017) 3(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72.

⁴⁹ Gürsoy, Eren ve Cansel (n 47) 282.

⁵⁰ Akçaal (n 47) 289; TMK m 1010/I-1 ve 3'te yer alan şerhler tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında kurucu nitelikte olduğuna yönelik görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 40) 289-292; Sirmen (n 47) 235; Ünal ve Başpınar (n 45) 414; Yakuppur (n 40) 90.

⁵¹ Doğan (n 3) 139; Yakuppur (n 40) 71.

C. ŞERHİN ÖNMİRASÇI İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİLER ARASINDAKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

1. Tapu Kütüğünün Kilitlenmemesinin Etkisi

Türk Medeni Kanunu m 1010/II hükmü, şerh verildikten sonra taşınmaz üzerinde kazanım sağlayanlara karşı tasarruf yetkisinin kısıtlandığının ileri sürülebileceğini ifade etmiştir. Şerh verilmekle tapu kütüğü kilitlenmemiş olduğundan önmirasçı tasarruf işlemi yapabilir ve tapu kütüğüne kaydedilir. Önmirasçının şerhe rağmen yapmış olduğu her tasarruf işlemi de geçersiz değildir. Ne var ki taşınmazı artmırasçıya devretme yükümlülüğü sınırlamasını aşan tasarruflar ve tescil artmırasçının hakkıyla çatıştığı ölçüde hükümsüzdür⁵². Bu durumda artmırasçının taşınmazın terkinini ve kendisine devrini isteme hakkı doğar⁵³. Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, şerhin niteliğinin kurucu mu açıklayıcı mı olduğu ayrımına göre, hakkın kazanımına ilişkin farklı hüküm ve sonuçların doğmasıdır.

2. Şerhin Kurucu – Açıklayıcı Niteliğine Göre Etkisi

Artmırasçı atamada güvence olarak verilen şerhin, kurucu nitelikte olduğu kabul edilirse, artmırasçı taşınmazı şerh anındaki haliyle kazanır ve üçüncü kişilere karşı yapılan tescilin terkinini isteyebilir⁵⁴. Çünkü şerhle beraber tasarruf yetkisi kısıtlanır. Bu ana kadar önmirasçı tarafından yapılan tasarruflar geçerlidir, artmırasçı bunlar üzerinde hak iddia edemez. Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh verildikten sonra hak iktisap edenler ise geçiş anında taşınmazın artmırasçıya devredilmesine katlanmak zorundadır⁵⁵. Bu sayede şerh, şahsi talep hakkını aynı bir hakka dönüştürme bile ona aynı bir etkinlik kazandırmaktadır⁵⁶. Şerhten sonra üçüncü kişiyi koruyacak bir durum söz konusu olmadığı gibi önmirasçının da tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır.

Tasarruf yetkisinin şerhten önce kısıtlandığı ve şerhin bu kısıtlamayı açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilen görüşe göre, taşınmaz her halükârda geçiş anının gelmesiyle artmırasçıya geçer. Üçüncü kişinin ancak iyiniyetli olarak şerhten önce taşınmazı iktisap etmesi halinde üçüncü kişinin iyiniyeti korunur (TMK m 1023). Bu nedenle artmırasçı hakkını şerhten önce iyiniyetle kazanmış üçüncü kişiye karşı ileri süremez. Ne var ki bu durumda artmırasçının, önmirasçıdan uğradığı zararı talep etme hakkı saklıdır. Tapu siciline güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin şerh öncesi kazanımı korunmuştur⁵⁷.

⁵² Arnold Escher, *Medeni Kanun Şerhi, Miras Hukuku Çeviren*: Sabri Şakir Ansay (Yeni Cezaevi Matbaası 1953) 261; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 47) 282.

⁵³ Escher (n 52) 261.

⁵⁴ Nomer ve Ergüne (n 47) 168.

⁵⁵ Akçaal (n 47) 289; Görkem Çetin, *Yolsuz Tescil Kavramı ve Türleri* (Onikilevha 2019) 79; Kurt (n 47) 58; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 40) 292; Sirmen (n 47) 235.

⁵⁶ Ünal ve Başpınar (n 45) 413; Bu görüş, iade talebinin sadece şahsi değil, aynı talepte de olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Çetin (n 55) 79.

⁵⁷ Yakuppur (n 40) 90.



Yine bu görüşe göre, şerh verildikten sonra üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaz, diğer bir tabirle şerh üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etme işlevi görür⁵⁸. O halde iyiniyetli olmayan üçüncü kişi ile önmirasçı arasında yapılan taşınmaz tescil işlemi, geçiş anının gelmesiyle yolsuzlaşır. Şerhin varlığına rağmen yapılan tescil işlemi, geçiş anının gelmesiyle arsmirasçının beklenen hakkını zedelediği ölçüde hükümsüz kalır⁵⁹.

Genel olarak üçüncü kişinin iyiniyeti, tapuya güven ilkesi doğrultusunda tapu kütüğündeki yazılı kayıtlar üzerinden değerlendirilir. Fakat tapuya şerh verilmiş olsa bile üçüncü kişi arsmirasçı atamayı biliyor veya bilebilecek durumdaysa, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı ve lehine yapılan tescilin yolsuz olduğu kabul edilir. Bu durumda da üçüncü kişi iktisap ettiği taşınmazın arsmirasçıya devredilmesine katlanmak zorundadır⁶⁰.

3. Değerlendirmemiz

Kanaatimizce önmirasçının tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh, kurucu niteliğe haizdir. Bunun başlıca sebebi şerhin güvence olarak kurucu unsuru teşkil etmesidir. Fakat şerhin kurucu niteliğine ilişkin görüşümüzü belirtmeden önce arsmirasçı atamadaki korunması gereken değerleri ifade etmeli ardından şerhin niteliğini tespit etmeliyiz.

Esasında burada korunması gerekenler mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ve arsmirasçının hakkıdır. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufuyla son arzusu olarak önmirasçının geçiş anında mirası arsmirasçıya devretmesini istemektedir. Mirasbırakanın iradesi, önmirasçının tasarruf yetkisini kısıtlayıcı niteliktedir. Diğer bir tabirle mirasın ilk açılması anından itibaren önmirasçının tasarruf yetkisi geçiş anına devretme yükümlülüğüyle kısıtlanmıştır. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunun korunması ve buna uyulması gerektiğini düşüncesindeyiz. Bir diğer korunması gereken menfaat ise arsmirasçının geçiş anında sahip olacağı haktır. Arsmirasçı mirasın ilk açılmasıyla doğrudan hak sahibi olamasa da beklenen hakkı söz konusudur. Geçiş anında bu hakka doğrudan hak kazanır. Önmirasçının arsmirasçının hakkını ihlal edecek şekilde tasarrufta bulunması ve hatta arsmirasçının mirasın varlığından ve mirasçılık hakkından haberdar olmaması bile mümkündür. O halde arsmirasçıyı korumaya yönelik olarak da önmirasçının tasarruf yetkisinin şerhe bağlanmaksızın öncesinde kısıtlı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Kaldı ki önmirasçı da mirası arsmirasçıya geçirme yükümlülüğüyle kazanır (TMK m 524/II). Bu açıklamalar doğrultusunda önmirasçının tasarruf yetkisinin şerh verilmeden önce de kısıtlı kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle verilecek şerhin de açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilebilir.

⁵⁸ Nomer ve Ergüne (n 47) 168.

⁵⁹ Çetin (n 55) 79; Doğan (n 3) 185; Serozan ve Engin (n 3) 373; Yakuppur (n 40) 91.

⁶⁰ Yakuppur (n 40) 92.

Her ne kadar şerhin açıklayıcı niteliğine ilişkin argümanlar ifade edilmişse de kanaatimizce şerh kurucu niteliktedir. Çünkü Türk Medeni Kanunu m 523/II hükmü şerhi bir güvence olarak kabul etmiştir. Önmirasçının tasarruf yetkisinin kısıtlanabilmesi için öncelikle önmirasçının mirasa hak kazanması gerekir. Bunun için de mirasçılığını engelleyecek bir sebep olmamalı ve TMK m 523/II hükmündeki “... mirasın önmirasçıya teslimi onun güvence göstermesine bağlıdır...” ifadesi gereği mirasın geçmesi önmirasçının güvence göstermesine bağlıdır. O halde önmirasçı, güvence göstermeksizin miras kendisine geçmeyeceğinden, miras üzerinde tasarruf yetkisini de kullanamaz⁶¹. Bu nedenle taşınmazın önmirasçıya geçmesi için tapuda artmirasçıya devretme yükümlülüğüyle malik olduğu şerh olarak kaydedilmelidir. Şerh dışında başka bir şekilde güvence verilebilmesi de mümkündür. Sonuç olarak önmirasçının mirasbırakanın ölümünden sonra güvence göstermesi gerekir. Bu nedenle şerh kurucu niteliktedir. Bu durumda tapu kütüğüne şerhin kaydedilmesiyle, artmirasçı taşınmazın kayıt anındaki haliyle hak sahibi olur. Fakat geçiş anı gelmedikçe bu hak ileri sürülemez. Geçiş anı geldiğinde ise önmirasçı taşınmazı artmirasçıya devretmekle yükümlüdür. Eğer şerhten sonra önmirasçının tasarruf yetkisini aşacak şekilde üçüncü kişi aleyhine hak kazanımı olmuşsa, bu tescil geçiş anının gelmesiyle yolsuzlaşır. Bu durumda artmirasçı üçüncü kişi lehine tescilin terkinini ve taşınmazın kendi adına tescilini talep eder⁶². Üçüncü kişi taşınmazın devredilmesine katlanmak zorundadır. Eğer taşınmazın bir şekilde aynen devredilmesi mümkün değilse, değerinin önmirasçı ve üçüncü kişiden tazmini talep edilebilir.

Belirli mal bırakma durumunda da TMK m 521-525 hükümleri uygulama alanı bulacağından yukarıdaki bahsedilenler söz konusu olur. Buna göre önvasiyet alacaklısı şerh öncesi tasarrufta bulunursa, tasarrufu geçerli olur. Şerhten sonra yapılan bir tasarruf işlemi söz konusuysa üçüncü kişi taşınmazı artvasiyet alacaklısına devretmeye katlanır⁶³.

D. ŞERHİN TERKİNİ

Güvence olarak tapuya verilen şerh, şerhin amacının gerçekleşmesiyle etkisiz kalır ve şerhin terkinini istenebilir. Önmirasçının taşınmazı artmirasçıya devretmesiyle artık şerhin bir anlamı kalmaz. Artmirasçı şerhin tapu kütüğünden terkinini isteyebilir⁶⁴.

⁶¹ Ne var ki güvence gösterilmemesinin mirasın önmirasçıya geçmesini engellemeyeceği fakat fiilen teslim edilemeyeceğini ifade eden görüş de mevcuttur. Bu durumda yeterli güvence gösterilmediği sebebiyle resmen idare söz konusu olur. Detaylı bilgi için bkz. Dural ve Öz (n 27) 184; Yine aynı görüşteki yazara göre “önmirasçının güvence göstermemesi onun mirasçı sıfatını kazanmasına engel olmaz. Güvence gösterilmemesi mirasın önmirasçıya fiilen teslim edilmesini engellemektedir.” Aydın (n 10) 302-303; Çabri (n 19) 457.

⁶² Gümüş (n 38) s. 16.

⁶³ Aydın (n 10) 325.

⁶⁴ Üçer (n 39) 71.

Önmirasçı ve onun mirasçıları da şerhin terkinini isteyebilir. TMK m 522/III hükmü uyarınca taşınmazın artmirasçıya geçmesi ölüm, yoksunluk veya çıkarılma gibi herhangi bir sebeple mümkün değilse, taşınmaz önmirasçıya, önmirasçı da ölmüşse onun mirasçılarına kalır. Bu durumda şerhin anlamını yitirmesi ve imkansızlaşması söz konusudur. Önmirasçı veya onun mirasçıları şerhin tapu kütüğünden terkinini talep edebilir⁶⁵. Şerhin terkininden sonra önmirasçının tasarruf yetkisi üzerindeki kısıtlama kalkar⁶⁶.

Şerhin anlamsız kalması dışında, şerhin bir süreye tabii olup sürenin geçmesiyle hükümden düşmesi pek mümkün değildir. Çünkü artmirasçı atamada süre, şartın gerçekleştiği andır. Bu nedenle sınırlı süreli bir şerh yerine sadece şartın gerçekleşeceği ana ilişkin bir süre söz konusudur⁶⁷.

Ayrıca şerhten sonra önmirasçının tasarruf yetkisini aşan bir tasarruf işlemiyle üçüncü kişi adına tescil söz konusu ise bu tescil, geçiş anı geldiğinde yolsuzlaşır. Bu durumda artmirasçı yolsuz tescilin terkinini talep edebilir.

Şerh, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna bağlı olarak da hükümsüz kalabilir. Ölüme bağlı tasarruflar ehliyet eksikliği, irade sakatlığı, içerik, şart veya yüklemelerin hukuka aykırılığı ve şekil eksikliği nedeniyle iptal edilebilir (TMK m 577). Ne var ki sayılı hallerden birinin varlığı ölüme bağlı tasarrufu doğrudan hükümsüz kılmaz ancak iptal davası açılmasını gerektirir. Dava sonucunda tasarrufla beraber şerh de yolsuzlaşır ve hükümsüz kalır⁶⁸.

SONUÇ

Mirasbırakan saklı payları ihlal etmeksizin mirasın önce önmirasçıya ardından ise artmirasçıya geçmesi yönünde ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Önmirasçının mirasçılığı bozucu şarta bağlıdır. Geçiş anı geldiğinde mirası artmirasçıya devretme şartıyla maliktir. Artmirasçı ise mirasın açılmasıyla doğrudan hakkın sahibi olmayıp geçiş anının geleceği ana kadar beklenen hak sahibidir. Kanun koyucu da artmirasçının beklenen hakkını ve mirasbırakanın mirası geçiş anı geldiğinde artmirasçıya geçirme iradesini korumak istemiştir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu m 523 hükmünde tedbirler öngörmüştür.

Kanun koyucu mirasın bir taşınmaz olduğu durumda mirasbırakanın açıkça bağışık tuttuğu haller hariç tapu kütüğüne şerh verilmesini güvence olarak yeterli görmüştür. Ne var ki şerhin yeterli olmayacağının anlaşıldığı hallerde önmirasçıdan ilave güvenceler de talep edilebilir. Ayrıca kanunun lafzından şerhin zorunlu olmadığı ve önmirasçının farklı güvenceler de öngörebileceği sonucu çıkartılabilir. Fakat mirasbırakan şerh verilmesini de zorunlu tutabilir. Şerh kaydı önmirasçı tarafından

⁶⁵ Escher (n 52) 261; Üçer (n 39) 71.

⁶⁶ Kurt (n 47) 59.

⁶⁷ Ayan (n 39) 468.

⁶⁸ Kurt (n 47). 59.

verilir. Doktrinde artmirasçının şerh talep edemeyeceğine ilişkin görüş bulunmaktadır. Kanaatimizce hem artmirasçının beklenen hakkının zedelenme tehlikesi hem mirasbırakanın iradesine uygun olması hem de Tapu Sicili Tüzüğü m 48 hükmünde şerh için gerekli belgeler içinde “...şerhi içeren mahkeme yazısı” aranması sebebiyle artmirasçının mahkemeden taşınmazın kendisine devredilmesini içeren şerh beyanının yazılmasına ilişkin talepte bulunma hakkı vardır.

Hem önmirasçı hem de artmirasçı külli haleftir. Mirasbırakan tarafından belirlenen anın veya belirlenmemişse ölüm anının gelmesiyle artmirasçı mirasa hak kazanır. Artmirasçı aynı etkili bir talep hakkına sahip olur. Önmirasçı adına olan tescil, geçiş anının gelmesiyle yolsuzlaşır. Artmirasçı tescilin terkinini ve taşınmazın kendi adına tescil edilmesini talep edebilir.

Medeni Kanun’da üç tür şerh öngörülmüştür. Bunlar; kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlama şerhi ve geçici tescil şerhidir. Artmirasçı atamadaki güvence olarak şerh verilmesi, kanunun lafzı ve katıldığımız hâkim görüşe göre tasarruf yetkisinin kısıtlama şerhi olarak kabul edilir. Önmirasçının tasarruf yetkisi kısıtlıdır, bir başka deyişle ehliyeti taşınmazı artmirasçıya devretmekle sınırlanmıştır. Her ne kadar önmirasçı terekenin yönetimine sahip olarak dilediği tasarruf işlemini gerçekleştirme hakkına sahip olsa da tereke yönetimi zorunlu kılmadıkça artmirasçının beklenen hakkına zarar veren tasarruflardan sorumludur.

Türk Medeni Kanunu m 1010/II hükmü de şerh sonrası kazanılan hak sahiplerine karşı tasarruf yetkisinin kısıtlandığının ileri sürülebileceğini ifade eder. Hükmün lafzından da tapu kütüğünün kilitlemediği ve önmirasçının tasarruf işleminde bulunabileceği anlaşılmaktadır. Ne var ki tasarruf işleminin, şerhin kısıtlamasını aştığı ölçüde önmirasçının sorumluluğu doğar.

Doktrinde şerhin kurucu mu açıklayıcı mı olduğu tartışmalıdır. Kanaatimizce şerh, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının kurucu unsurudur. Aksine açıklayıcı olduğunu savunan görüşe göre, tasarruf yetkisi zaten kısıtlı olup şerhin verilmesi üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmeye yöneliktir. Esasında mirasın açılmasından itibaren önmirasçının tasarruf yetkisinin kısıtlı olması gerekir. Çünkü mirasbırakanın iradesi ve artmirasçının beklenen hakkının korunması bunu gerektirir. Bu nedenle şerhin niteliği açıklayıcı kabul edilebilirdi. Ne var ki mirasın açılmasıyla sulh mahkemesince defter tutulur ve mirasın önmirasçıya teslimi, bağışık tutulmadıkça, ancak güvence göstermesiyle mümkün olur. Her ne kadar “teslim”, fiili teslim olarak algılsa da önmirasçının sulh hukuk mahkemesine güvence göstermeden önmirasçı adına intikalin gerçekleştirilmemesi gerekir. Bu sayede tapu kütüğünde önmirasçı malik olarak kaydedilirken aynı zamanda mahkemenin şerh yazısı ve vasiyetname örneğiyle tapu kütüğüne şerh verilir.

Şerh verilmeden önce önmirasçı üçüncü kişi lehine tasarruf işlemi yaparsa bu işlem geçerlidir. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı ispatlanmadıkça kazanımı korunur. Ne var ki geçiş anı geldiğinde önmirasçının devretme yükümlülüğünü yerine getiremediğinden tazminat sorumluluğu doğar.

Şerhin verilmesiyle beraber üçüncü kişilerin sorumluluğu söz konusu olur. Buna göre şerhten sonra elde edilen kazanımlar geçiş anı gelmesiyle korunmaz ve tescil yolsuzlaşır. Türk Medeni Kanunu m 1010/II hükmü gereği, taşınmazın artmirasçıya devrine üçüncü kişi katlanır. Artmirasçı üçüncü kişi adına tescilin terkinini ve kendi adına tescilini talep eder. Bir sebeple taşınmazın aynen devri mümkün değilse değerinin hem önmirasçı hem de üçüncü kişiden talep edilebilmesi mümkündür.

Şerhin amacının gerçekleşmesi veya imkansızlaşması nedeniyle terkinini de söz konusu olabilir. Önmirasçının taşınmazı artmirasçıya devretmesi şerhin amacının gerçekleşmesine ilişkin olup artmirasçı şerhin terkinini talep edebilir. Artmirasçının şahsından doğan herhangi bir sebeple mirasçı olamaması veya geçiş anını belirleyen şartın imkansızlaşması ya da şerhin amacının imkansızlaşması söz konusu olabilir. Bu durumda önmirasçı veya onun mirasçıları şerhin terkinini isteyebilir. Son olarak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunun iptali söz konusu olursa şerh de artık hükümsüz kalır.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2021).
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2. Bası, Beta 2018).
- Antalya O G, *Miras Hukuku Cilt III* (5. Bası, Seçkin 2021).
- Ayan M, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (14. Bası, Adalet 2020).
- Aybay A ve Hatemi H, *Eşya Hukuku* (4. Bası, Vedat 2014).
- Aydın G S, “*Artmirasçı Atamada Önmirasçının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu*”, (2019) 25(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 299-328.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m 495-574) Cilt I* (2. Bası, Onikilevha 2022).
- Çetin G, *Yolsuz Tescil Kavramı ve Türleri* (Onikilevha 2019).
- Doğan M, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi* (Seçkin 2004).
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (16. Bası, Filiz 2021).
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (18. Bası, Filiz 2022).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (4. Bası, Yetkin, 2021).
- Escher A, *Medeni Kanun Şerhi, Miras Hukuku*, Çeviren: Sabri Ş A, (Yeni Cezaevi Matbaası 1953).
- Gümüş M A, *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler* (Vedat 2007).

Gürpınar D, *Artmirasçı Atama* (Turhan 2018).

Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984).

İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (6. Bası, Der 2022).

İnan A N, Ertaş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2022).

Kılıçoğlu A M, *Miras Hukuku*, (11. Bası, Turhan 2021).

Kurt E, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi* (Kazancı 2004).

Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Onikilevha 2020).

Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021).

Özbek M S, “*Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları*” (2017) 3(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-91.

Öztan B, *Miras Hukuku* (12. Bası, Yetkin 2021).

Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022).

Sirmen L, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022).

Üçer A *Tapu Kütüğüne Yapılacak Şerhler ve Hükümleri*, İstanbul Aydın Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2020).

Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (12. Bası, Savaş 2021).

Vardar Hamamcıoğlu G, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha 2014).

Yakuppur S, *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi* (Onikilevha 2016).

Yılmaz S, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku* (Yetkin 2022).



UZAKTAN ÇALIŞMANIN BİR TÜRÜ OLARAK TELE ÇALIŞMA VE TELE ÇALIŞANIN ÜCRET VE ÜCRET EKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Teleworking as a Type of Remote Work and Evaluation
of the Wage and Wage Supplements of the Teleworker*

Ezgi ERAT**

Özet

4857 sayılı İş Kanunu'nun (İŞK) 14. maddesine 2016 yılında 6715 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde eklenmiş olan 4. fıkra uyarınca uzaktan çalışma; "işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi" olarak tanımlanmıştır. Çalışma hayatının bilhassa 2020 yılında gerçekleşen Covid-19 (Koronavirüs) salgınından derinden etkilenmesi neticesinde ise, tüm dünyada sıkça başvurulan çalışma yöntemlerinden biri haline gelmiş ve büyük bir hızla yaygınlaşmıştır.

Ülkemizde de kamu ve/veya özel sektör iş yerlerinde gerek zorunlu gerekse tercihen sıkça uygulanır hale gelen uzaktan çalışmaya ilişkin, 10.03.2021 tarihinde İŞK. 14. maddesine dayanılarak uzaktan çalışmanın usul ve esaslarını belirlemek amacıyla "Uzaktan Çalışma Yönetmeliği" (UÇY) yayımlanmıştır. Gerek İŞK. m. 14/f. 4 gerekse UÇY m. 4/f. 1 (c) bendi uyarınca tanımlanan "uzaktan çalışma", esasen "evden çalışma" ve "tele çalışma" türlerini kapsayan bir üst kavram olarak öngörülmüştür. Çalışmamız kapsamında ise uzaktan çalışmanın tele çalışma biçimi ele alınacak olup ilgili Yönetmelik hükümleri de dikkate alınarak tele çalışan işçilerin ücreti ve bunun yanı sıra ücret eki niteliğindeki yol, yemek yardımları ile internet, telefon, ısınma, elektrik faturaları gibi diğer ödemelerine ilişkin uygulamada mevcut olan veya olabilecek hukuki sorunlar değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tele Çalışma, Uzaktan Çalışma, Tele Çalışan, Ücret, Ücret Ekleri

Abstract

According to paragraph 4, which was added to Article 14 of the Labour Law No. 4857 (Labour Law) as a result of the amendment made by Law No. 6715 in 2016, teleworking is defined as "a work relationship established in writing and based on the principle that the employee performs his/her work at home or outside the workplace through technological communication tools within the scope of the work organisation established by the employer". As a result of the fact that working life was deeply affected by the Covid-19 (Coronavirus) outbreak, especially in 2020, it has become one of the frequently used working methods all over the world and has become widespread at a great speed.

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.08.2024
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024

* Bu makale, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde, Ezgi Erat'ın, Prof. Dr. İhtar Urhan-
noğlu danışmanlığında yürüttüğü "İş Hukukunda Tele Çalışma" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik
Hukuku Anabilim Dalı, ezgi.vidinlioglu@omu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9447-7456>.



The “Regulation on Remote Working” was published on 10.03.2021 in order to determine the procedures and principles of remote working based on Article 14 of the Labour Law on 10.03.2021, regarding remote working, which has become frequently applied both compulsorily and preferably in public and/or private workplaces in our country. “Remote working”, which is defined pursuant to Art. 14/f. 4 of the Labour Code and Art. 4/f. 1 (c) of the Remote Working Regulation, is envisaged as a meta-concept covering the types of “teleworking” and “working from home”. Within the scope of our study, the teleworking form of remote working will be discussed, and the legal problems that exist or may exist in practice regarding the wages of teleworkers, as well as other payments such as travel and meal allowances and other payments such as internet, telephone, heating and electricity bills will be evaluated, taking into account the provisions of the relevant Regulation.

Key Words: Teleworking, Remote working, Teleworker, Wage, Wage Supplements

GİRİŞ

İş Hukuku, sanayi devrimiyle doğan bir hukuk dalı olarak tarih boyunca işçi ve işveren arasındaki güç dengesini ve çalışma hayatındaki sosyal adaleti sağlamayı amaçlayan hukuki mekanizmalar geliştirmeye devam etmiştir. Uygulamada çoğunlukla “home office” veya “evden çalışma” olarak da bilinen “uzaktan çalışma” kavramı da 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi¹ olarak ilan edilen Covid-19 (Koronavirüs) salgınının etkisiyle çalışma hayatının derinden etkilenmesi neticesinde tüm dünyada sıkça başvurulmuş² çalışma yöntemlerinden biri haline gelmiştir.³

Hukumumuzda daha önce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda⁴ (TBK) evde hizmet sözleşmesi genel başlığı altındaki düzenlemeler kapsamında değerlendirilmiş olan uzaktan çalışma, 2016 yılında yapılan değişiklikle 4857 sayılı İş Kanunu’na⁵ (İŞK.) da eklenmiştir. Buna göre uzaktan çalışma; “işçinin, işveren tarafından oluşturu-

¹ Bir hastalığın veya enfeksiyon etkeninin ülkelerde, kıtalarda hatta tüm dünya gibi çok geniş bir alanda yayılım göstermesi olarak tanımlanan pandemi, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından ilan edilir. Covid-19 veya yeni tip Koronavirüs, 11 Mart 2020’de DSÖ tarafından pandemi ilan edilmiş olup ülkemizdeki ilk Covid-19 vakası da bu tarihte görülmüştür. Bkz. [https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66494/pandemi.html#:~:text=Bir%20hastal%C4%B1nC4%9F%C4%B1n%20veya%20enfeksiyon%20etkeninin,DS%3%96\)%20taraf%C4%B1ndan%20pandemi%20ilan%20edildi%C5%9Ftir](https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66494/pandemi.html#:~:text=Bir%20hastal%C4%B1nC4%9F%C4%B1n%20veya%20enfeksiyon%20etkeninin,DS%3%96)%20taraf%C4%B1ndan%20pandemi%20ilan%20edildi%C5%9Ftir). Erişim Tarihi 07.07.2024.

² Eurostat (European Statistical Office) verilerine göre; 15-64 yaş arası çalışanların toplam istihdamında evden çalışan oranı 2019 yılında %5.4 iken 2020 yılında %12.0, 2021 yılında ise %13.3 olarak artış göstermiştir. Bkz. https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfsa_ohomp/default/table?lang=en Erişim Tarihi 07.06.2024.

³ Salgının dünya çapında yaygınlaşması üzerine zorunlu olarak tarihteki en kapsamlı toplu uzaktan çalışma deneyimine geçildiği yönünde detaylı olarak bkz. ILO, *Teleworking During The Covid-19 Pandemic and Beyond A Practical Guide* (International Labour Office, Geneva, 2020b) 1; Covid-19 pandemisiyle birlikte, ifa edilen işin tanımı cevaz verdiği ölçüde işletmelerin “home office” çalışma modeline geçmesinin adeta bir zorunluluk olduğu, böylece esnek istihdam modellerinin öneminin bir kez daha gözler önüne serildiği yönünde bkz. Alpay Hekimler, “Pandemi Sürecinde Home Office – Uzaktan Çalışma - ve Çalışma Yaşamının Geleceği” (2022) 2(8) Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi 11.

⁴ Kanun numarası:6098, Kabul Tarihi:11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁵ Kanun numarası:4857, Kabul Tarihi:22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

rikan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi” olarak tanımlanmıştır (İŞK. m.14/f. 4). Görüldüğü üzere İş Kanunu anlamında uzaktan çalışma, hem teknolojik aletlerin kullanılmadığı geleneksel anlamda evden çalışmayı hem de teknolojik alet kullanımının yoğun olduğu tele çalışmayı kapsayan bir üst kavram olarak düzenlenmiştir. Çalışmamız kapsamında uzaktan çalışmanın tele çalışma biçimi ele alınacağından, bir deyim karmaşıklığına yer vermemek adına bu kavramsal ayrımın yapılması gerekli görülmüştür.

Ülkemizde özellikle Covid-19 pandemisiyle yaygın bir şekilde uygulanan tele çalışmayla ilgili mevzuatımızda beklenen yönetmelik ise, 10.03.2021 tarihinde İŞK. 14. maddesine dayanılarak uzaktan çalışmanın usul ve esaslarını belirlemek amacıyla “Uzaktan Çalışma Yönetmeliği” (UÇY) adıyla yayımlanmıştır. İlgili Yönetmelik maddeleri incelendiğinde, üst kavram olarak uzaktan çalışma ilişkisinin kurulması ve yürütümünde işçiyle işverenin anlaşmasının ön planda tutulduğu görülmekle birlikte; maliyetlere katılımın nasıl belirleneceği, işçinin yol, yemek yardımları vb. bazı konuların hukuki sorunlara yol açabileceği anlaşılmaktadır. Çalışmamız kapsamında konunun güncel önemi de gözetilerek mevcut uygulamalar ve mevzuat hükümleri ışığında ele alınan tele çalışma ilişkisinde ücret ve ücret eki niteliğindeki yol, yemek yardımları ile internet, telefon, ısınma, elektrik faturaları gibi diğer ödemelerin durumu değerlendirilerek uygulamada yol gösterici nitelikte bir çalışma hazırlanıp fayda sağlanması hedeflenmektedir.

I. TELE ÇALIŞMA KAVRAMI VE TANIMI

A. Genel Olarak

Gelişen teknolojinin bir sonucu gibi görünmekle birlikte aslında çalışma hayatında uzun zamandan beri var olduğu bilinen tele çalışma teriminin kullanımı 1970’li yıllara kadar uzanmaktadır. İlk kez 1972 yılında “telecommuting” terimiyle ifade edilen tele çalışma, Amerika Birleşik Devletleri’nde Ulusal Havacılık ve Uzay Dairesi (NASA) bünyesinde iletişim sistemi üzerine çalışan ve tele çalışmanın babası olarak adlandırılan fizik mühendisi Jack M. Nilles tarafından ortaya atılmıştır.⁶ Ardından kısa bir süre sonra yazar Schiff tarafından “Washington Post” gazetesinde yayımlanan “Evden Çalışmak Benzin Tasarrufu Sağlayabilir” başlıklı çok okunan bir yazıda yer verilen tele çalışma, o zamanlar için yenilikçi olan telefon ve faks yoluyla çalışmaktan oluşan bir teknik olarak ilk kez kullanılmış ve böylece tele çalışma fikrinin altı çizilerek popülerleşmesine yol açılmıştır.⁷

⁶ Jack M. Nilles, “Telecommunications and Organizational Decentralisation” (1975) 23(10) IEEE Transactions on Communications, 1142-1147; Nilles’in yaptığı işin “telekomünikasyon” olduğunu düşünüp ulaşımın telekomünikasyonla ikame edilmesinin bir biçimi olarak “telekomünikasyon” terimini seçtiğinden bu kavramı “telecommuting” olarak adlandırdığı hakkında bkz. Jack M. Nilles, *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow*, (Wiley New York 1976) 5.

⁷ Ekonomik Kalkınma Komitesi Başkan Yardımcısı ve Baş Ekonomisti Frank B. Schiff’in 1 Eylül



Etimolojik olarak ise “tele çalışma” terimi, Yunanca “uzak” anlamına gelen “tele” ön ekinin “çalışma” kavramının başına getirilmesiyle oluşturulmuştur. İşçi ve işverenlerin esnek çalışma veya atipik iş ilişkisi⁸ istek ve ihtiyaçları neticesinde oluşan klasik anlamda uzaktan çalışma, bu çalışma ilişkisinin teknolojik araçlar vasıtasıyla tamamen veya kısmen işyerinden uzak bir ortamda yapılması şeklinde gerçekleştirilmesiyle literatürde “tele çalışma” olarak yerini almıştır. Bu doğrultuda “tele” ön ekinin, “uzak” anlamının dışında ayrıca bilgi ve iletişim teknolojileri araçlarını da kapsayan bir anlama sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁹

Ülkemizde ilk olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 461 ile “işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmış olan evde hizmet sözleşmesi ile öngörülen uzaktan çalışma biçiminin, tele çalışmaya ilişkin herhangi bir düzenleme içermediği görülmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu’nda ise birçok atipik iş sözleşmesi öngörülmüş olmasına rağmen uzunca bir süre uzaktan çalışmaya yönelik düzenleme bulunmaması, çalışma hayatında ciddi bir eksiklik olarak görülmüş, bu yönde yapılan kanun tasarıları nihayetinde Kanunun 14. maddesinde 6715 sayılı Kanun¹⁰ ile yapılan değişikliklerle “uzaktan çalışma”¹¹ ifadesiyle yasal çerçeveye oturtulmuştur.

B. Tele Çalışmanın Tanımı

İşK. 14. maddesinde yapılan değişikliklerle hükme eklenen uzaktan çalışma kavramı, klasik anlamda evde çalışmayı ve teknolojik iletişim araçlarıyla işyeri¹² dı-

1979 tarihli Washington Post gazetesinde yayınlanan “Working From Home Can Save Gasoline” başlıklı yazısına ulaşmak için bkz. <https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1979/09/02/working-at-home-can-save-gasoline/ffa475c7-d1a8-476e-8411-8cb53f1f3470/> Erişim Tarihi 02.06.2024.

⁸ Atipik iş sözleşmesiyle kastedilenin, esas ve şekil bakımından özel kurallara tabi olan, ya iş sözleşmesinin süresinin sınırlandırılması ya da işin süresinin veya istihdamın esnekleştirilmesi gibi tekniklerle farklılaşan iş sözleşmeleri olduğu hususunda bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Güncelleştirilmiş 7. Baskı Lykeion 2022) 490.

⁹ Aynı yönde bkz. Murat Kandemir, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma* (Legal 2011) 39; “Tele” kavramının mesafe unsurunu vurguladığı yönünde bkz. H. Filiz Alkan Meşhur, “Geleceğin Çalışma Biçimi Tele Çalışmaya İlişkin Yaklaşımlar” (2007) Akademik Bilişim’07 - IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 266.

¹⁰ Kanun numarası:6715, Kabul Tarihi:06.05.2016, RG 20.05.2016/29717.

¹¹ İşbu değişiklikten önce “Çağrı üzerine çalışma” olan madde başlığı, “Çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışma” olarak değiştirilerek maddenin 4. fıkrasından itibaren dört yeni fıkra eklenmiştir. Tele çalışmaya ilişkin hükümlerin çağrı üzerine çalışmayla aynı maddede düzenlenmesinin doğru bulunmadığı yönünde bkz. Seda Ergüneş Emrağ, “4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14. Maddesi İşığında Tele Çalışma” (2016) 13(51) Legal İSGHD 1420.

¹² İşK. m. 2 uyarınca, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. Buna göre, “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür”.

şında yapılan çalışmalara dayanan tele çalışmayı kapsayan bir üst kavram olarak düzenlenmiştir.¹³ Nitekim buna göre uzaktan çalışma; “işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi” olarak tanımlanmıştır (İşK. m.14/f. 4).

Aynı tanım, 10.03.2021 tarihinde İşK. 14. maddesine dayanılarak uzaktan çalışmanın usul ve esaslarını belirlemek amacıyla yayımlanan “Uzaktan Çalışma Yönetmeliği”¹⁴ m. 4 ile tekrar edilmiştir. Böylece yalnızca “evde çalışma” alt türü düzenlenmeyip “işçinin iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi” vurgulanarak “tele çalışma” türünün de uzaktan çalışmanın kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.¹⁵ Nitekim madde gerekçesindeki “Maddeyle, çalışma mevzuatının, değişen ekonomik koşulları takip eden dinamik bir yapıya kavuşturulması amacıyla evden çalışma ve tele çalışma biçimleri uzaktan çalışma adı altında birleştirilerek tanımı yapılmıştır” ifadeleriyle, bu iki çalışma türünün bir arada düzenlendiğine işaret edildiği görülmektedir.¹⁶ Çalışmamızda ise uzaktan çalışmanın, tele çalışma biçimi ele alınacaktır.

Üst kavram olarak uzaktan çalışmanın tanımlandığı İşK. m.14/f. 4 hükmünden anlaşıldığı üzere tele çalışma ise, işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı olarak kurulan bir iş ilişkisidir.

Tele çalışma tanımı ayrıca, Avrupa Sosyal Tarafları Avrupa Sendikalar Konfederasyonu (ETUC), Avrupa İşverenler Konfederasyonu ve Kobiler Üst Örgütü (UNICE/ UEAPME), Kamu İştirakli ve Kamusal İşletmeler Merkezi (CEEP) di-

¹³ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 8) 466; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (23. Baskı Beta 2023) 280; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioglu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 36. Baskı Beta 2023) 215; Mustafa Alp, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)” Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.1 (Beta 2011) 797; Orhan Ersun Civan, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/ Tele Çalışma)” (2010) 7(26) Legal İSGHD, 527; Kandemir (n 9) 41; Dilek Dulay Yangın, “6715 Sayılı Yasa’nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi” (2016) (36) Sicil İş Hukuku Dergisi 149; E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Yetkin 2022) 107; Ufuk Aydın, “Covid-19 Pandemisi: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri” (Covid-19) (2020) 6(2) İAÜHFD 203; Levent Akın, “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri” (Covid-19) (2020) 3(34) Çimento İşveren Dergisi 39; Esra Yiğit, “Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları” (2021) 3(2) TAÜHFD 135-136; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku’nda Mukayeseli Bir Değerlendirme” Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Tam Metin Bildiri Kitabı (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020) 163; Alpay Hekimler, “Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: Covid-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Genel Bir Değerlendirme” Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal 2021) 215.

¹⁴ RG 10.03.2021/31419.

¹⁵ Dulay Yangın (n 13) 149.

¹⁶ Gerekçe metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c016/tbm-m26016085ss0170.pdf> Erişim Tarihi 03.06.2024.



yaloğuyula 2002 yılında kabul edilmiş olan Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasında (Çerçeve Anlaşma) yer almaktadır. Buna göre tele çalışma, işverenin tesislerinde de yürütülebilecek bir işi, bilgi teknolojilerinden yararlanarak bu tesislerin dışında bir sözleşme veya istihdam ilişkisi çerçevesinde düzenli olarak yerine getirilen bir iş organizasyon modeli olarak tanımlamaktadır (m. 2).¹⁷ Bu doğrultuda İş Kanunu'nda yer alan tele çalışma tanımının, Çerçeve Anlaşma ile öngörülen tele çalışma kavramıyla uyum içerisinde olduğu anlaşılmaktadır.¹⁸

20.06.1996 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) konferansında kabul edilen ve 22.04.2000 tarihinde yürürlüğe giren 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi¹⁹ ile 184 sayılı Tavsiye Kararı²⁰ ise evde çalışmayı tanımlamaktadır. Buna göre evde çalışma; “*evde çalışan olarak adlandırılacak, ulusal mevzuat ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmayan kişi tarafından, (i) kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği diğer yerlerde, (ii) bir ücret karşılığında (iii) malzeme, ekipman ve diğer girdilerin, kim tarafından temin edildiğine bakılmaksızın, işverence belirlenen mal veya hizmetlerin üretimi için çalışma*” olarak düzenlenmiştir (m. 1/ (a)). Her ne kadar tele çalışma terimine açıkça yer verilmemiş olsa da işbu belgeler, evde/uzaktan çalışma uygulamalarının ilk hukuki dayanağı olmaları bakımından önem arz etmektedir. Kaldı ki işbu tanımda, bu çalışmanın mesafe unsuru olarak yalnızca işçinin evini değil, işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendisinin seçmiş olduğu yerleri de kapsadığı görülmektedir.²¹ Ülkemizde bu sözleşmelere taraf olunmamasına rağmen, kanun koyucu tarafından uzaktan çalışmaya ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde dikkate aldıkları anlaşılmaktadır.²²

Öğretide tele çalışmanın birçok farklı tanımı mevcuttur. Birbirinden farklı tanımlar yapılması, genellikle tele çalışmanın İş Kanunu ile düzenlenmesinden öncesine dayanmaktadır. Zira İş Kanunu ile düzenlenmeden önce tele çalışma kavramını açıklamak amacıyla tanımlar yapılması gerekli görülmüştür. Ancak artık mevzuatta öngörülmüş bir tanımla bulunduğundan, öğretide yer alan farklı tanımlara kısaca değinilecektir. Örneğin oldukça eski bir tanımda tele çalışma, “*üretimde*

¹⁷ Anlaşmanın tam metni için bkz. https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf Erişim Tarihi 06.06.2024.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Büşra Gizem Üner, “Bir Esnek Çalışma Türü Olarak Tele Çalışma” (Ocak-Şubat 2022) 13 (25-26) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 118.

¹⁹ Mevcut haliyle 11 ülke tarafından imzalanmış ve 10 ülke tarafından iç hukuka aktarılmış olan işbu sözleşme, Türkiye tarafından henüz kabul edilmemiştir. Anlaşmanın tam metni için bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322 Erişim Tarihi 06.06.2024.

²⁰ Tasviye kararının tam metni için bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:::12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522 Erişim Tarihi 06.06.2024.

²¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 466; Akın (Covid-19) (n 13) 40; Hekimler (Covid-19) (n 13) 222.

²² Ergüneş Emrağ (n 11) 1420.

veya çalışmada yer ve zaman sınırlarını nispileştiren ve çalışanların iş edimlerini farklı yerlerde fakat adeta aynı tek bir işyerinde gibi yerine getirdikleri âdemi merkezleşmiş bir iş organizasyonu” olarak tarif edilmiştir.²³ Diğer bir yazara göre ise, işverence oluşturulan organizasyon çerçevesinde işyerinden uzak bir mekânda işverenle yapılan iş sözleşmesindeki koşullara uygun ve isteğe bağlı şekilde iletişim teknolojileri kullanılarak yapılan çalışmadır.²⁴ Yine benzer şekillerde, “işin işyeri merkezinden veya üretim olanaklarından uzak bir yerde yapılması ve çalışanın çalışma arkadaşları ile şahsi bağlantısının olmadığı ancak onlarla teknoloji kullanılarak iletişim kurabildiği çalışma biçimi”²⁵; “işletme merkezi dışında genellikle evde yapılan, telematik ve haberleşme ağı ile işletmeyle bağlantı kurulan, işçinin işyerine bağlılığının ve işverenin denetiminin az olduğu bir esnek çalışma”²⁶ olarak da tanımlanmıştır.²⁷

Verilen tanımların çoğunda iş görme ediminin bilgi iletişim teknolojilerinin kullanılması suretiyle işyerinden uzakta ifa edilmesi esaslı unsur olarak göze çarpmaktadır. Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus da işçinin tele çalışmayı evinde de gerçekleştirebilmesidir zira bu çalışma şeklinde önemli olan işçinin teknolojik iletişim araçlarını kullanarak uzaktan iş görmesi ve işverenle bağlantı içerisinde olmasıdır.²⁸ Dolayısıyla tele çalışmada işçi, bilgi iletişim teknolojilerini kullanarak veya internet üzerinden kurulan sistemler aracılığıyla işini evinden de görebilecek; örneğin evinde kurulan bilgisayar ve/veya telefonla bir işletmenin çağrı merkezi işini yürütebilecektir.²⁹ Örneğin uygulamada niteliği bakımından tele çalışmaya uygun olduğu görülen bankacılık, sigortacılık, danışmanlık, müşteri temsilcisi, muhasebecilik gibi birçok iş, çalışanların müşterilerle telefon, bilgisayar vb. bilgi iletişim teknolojileri kullanarak iletişim kurması suretiyle evden veya başka bir yerden yürütülmektedir.

Tele çalışmanın tanımlanmasındaki çeşitliliğin bir diğer sebebi de bu çalışmanın farklı biçimlerde ortaya çıkabilmesidir. Zira tele çalışma işin yapıldığı yer bakımından, ana ofisle iletişime geçme bakımından ve yapılan işin niteliği bakımından ele

²³ Öner Eyrenci, “Tele-Çalışma ve İş Hukuku” (1991) 1(2) İş Hukuku Dergisi 199.

²⁴ Ufuk Aydın, “Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi” (Tele Çalışma) Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan (Legal 2008) 353.

²⁵ Ziya Erdem, *Tele Çalışma* (Filiz 2004) 53.

²⁶ Gizem Tan, *Atipik Çalışma Sözleşmelerinden Evde Çalışma ve Tele Çalışma*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, 39.

²⁷ Tele çalışmanın başkaca tanımlarına ilişkin detaylı olarak bkz. Alp (n 13) 797; Gözdenur Kılıç, “Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evden Çalışmadan Farkı” (2020) 15(164) Terazi Hukuk Dergisi 808 vd.

²⁸ Bu yönde bkz. Haluk Hadi Sümer ve Hasan Kayırgan, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı Seçkin 2022) 128; Civan (n 13) 537.

²⁹ Bu durumda işçinin işini evinden yürütmesinin geleneksel anlamda evden çalışma değil, tele çalışma kapsamında değerlendirileceği yönünde bkz. Sümer ve Kayırgan (n 28) 128; Dilek Dulay, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma* (Turhan 2016) 63, 64.



alındığında farklı uygulanış biçimleriyle karşımıza çıkmaktadır.³⁰ Ancak tele çalışmanın türlerini tüm detaylarıyla incelemek çalışmamızın kapsamını aşacağından, tele çalışma ilişkisinin anlaşılması amacıyla kısaca değinilecektir.

İlk olarak işin yapıldığı yer bakımından incelediğimizde tele çalışma; ev esaslı (evde), tele çalışma merkezleri esaslı ve gezici (mobil) tele çalışma olarak sınıflandırılmaktadır. Bunlardan en yaygın ve bilinen tür olarak³¹ evde tele çalışmada, geleneksel anlamdaki ev, teknolojik aletlerle donatılmış bir merkez olan “elektronik ev”e dönüştürülmektedir.³² Tele merkez esaslı tele çalışmada ise, işyeri harici bir ortam olan ve iş görme ediminin ifasını sağlayacak teknolojik donanımın bulunduğu tele merkezlerde çalışılmaktadır.³³ Gezici tele çalışmada ise, iş görme edimi herhangi bir mekâna bağlı kalınmadan işin olduğu yere gidilerek çalışılması suretiyle ve teknolojik olanaklardan yararlanarak işyeri ile bağlantının korunmasıyla ifa edilmektedir.³⁴

Ana ofisle iletişime geçme bakımından ele aldığımızda ise tele çalışma, çevrimiçi (online) ve çevrimdışı (offline) olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁵ Buna göre çevrimiçi tele çalışmada işçi, çalışma esnasında merkez ofise direkt ve sürekli olarak bilgisayar bağlantısı yapmak suretiyle işyeriyle sürekli olarak iletişim içerisindedir. Merkez ofisle sürekli bağlantının olmadığı tele çalışma ise, çevrimdışı olarak adlandırılır.

Son olarak işin niteliği bakımından tele çalışma, ürün arzı esaslı ve hizmet arzı esaslı olarak ikiye ayrılmaktadır. Ürün arzı esaslı tele çalışmada, işçi işletmeye ait

³⁰ Öğretide tele çalışmanın uygulanış biçimleri hususunda birçok farklı sınıflandırma yapıldığı, tele çalışmanın türleri açısından tasnif birliği olmadığı görülmektedir. Nitekim tele çalışma türlerinin ülkelere göre de farklılık gösterdiği ve bunun teknolojiye yaşanan hızlı gelişmelerin etkisiyle zaman içinde çok sayıda tele çalışma türünün ortaya çıkmasından kaynaklı olduğu yönünde bkz. Kandemir (n 9) 43 vd.; Tele çalışmanın türleri hakkında detaylı olarak bkz. Ceren Fırat, *Basın İş Hukukunda Uzaktan Çalışma ve Dijitalleşme*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022, 26 vd.

³¹ Öner Eyrenci ve Kadriye Bakırcı, *Dünyada ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme* (İstanbul Ticaret Odası 2000) 28; Yasemin Karal, *Bilgi ve İletişim Teknolojileri Aracılığıyla Uzaktan Çalışma* (Pegem Akademi 2022) 11.

³² Ayrıca evde tele çalışmanın kendi içerisinde tam gün esaslı ve kısmi ev esaslı (dönüşümlü) tele çalışma olarak ayrılacağı yönünde bkz. Kandemir (n 9) 44, 45.

³³ Tele merkezlerin de kendi içinde işçilerin evlerine yakın olarak kurulan bölgesel tele çalışma merkezi ve işçilere de merkez işyerine de uzak olarak kurulan uzak tele çalışma merkezi olmak üzere sınıflandırıldığı; uzak tele çalışma merkezlerinin de tek bir işverenin işçilerinin çalıştığı uydu bürolar ve birden fazla işverenin işçilerinin çalıştığı komşu bürolar olmak üzere ikiye ayrıldığı yönünde detaylı olarak bkz. Tamer Soysal, “Tele Çalışma” (2006) 3(9) Legal İSGHD 150; Civan (n 13) 536. Bununla birlikte uygulamada tele çalışma merkezlerinin farklı ihtiyaçlara cevap verebilen yerel çalışma merkezi, uydu merkez ve tele köy kavramları ile ifade edildiği hususunda detaylı olarak bkz. Gonca Aydınöz, *İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, 58.

³⁴ Alp (n 13) 803.

³⁵ Ergüneş Emrağ (n 11) 1419; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 13) 159; Tan (n 26) 55; Alp (n 13) 799; Dulay Yangın (n 13) 225.

ürünlerin müşterilere tanıtım ve satışını gerçekleştirmektedir.³⁶ Hizmet arz ederek tele çalışanlar da evde veya bir tele merkezde yahut gezici biçimde çalışmaktadır ancak bu çalışma şeklinde işçiler, işyeri ile iletişim kurmayı sağlayan teknolojik araçlar vasıtasıyla ana merkezden aldıkları talimata uygun olarak hizmet sunma görevini yerine getirmekte ve ardından mekanlarına dönerek işyerinden gelecek yeni görevleri beklemektedirler.³⁷

C. Tele Çalışmanın Unsurları

Öğretide tele çalışmanın unsurları hususunda ortak kabul edilen temelde üç unsur olduğu söylenebilmektedir.³⁸ Bu unsurlar tele çalışmanın mevzuattaki tanımından kolaylıkla çıkarılabilmekte olup bir çalışmanın tele çalışma olarak kabul edilebilmesi için; iş görme ediminin uzaktan yerine getirilmesi (mesafe/mekân unsuru), iş görme ediminin teknoloji yoluyla yerine getirilmesi (teknoloji unsuru) ve iş görme ediminin yerine getirilmesi sürecinin düzenlenmesi (organizasyon/bağımlılık unsuru) olmak üzere üç koşulu bulunmaktadır.³⁹ 40

İlk olarak mesafe unsuru ele alındığında, İşK. m. 14/f. 4 hükmündeki tanımdan yola çıkarak tele çalışanın işini evinde veya işyeri dışında yerine getirmesi olduğu anlaşılmaktadır.⁴¹ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi ve 184 sayılı Tavsiyesinin 1.maddesinde de mesafe unsuruna “*kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği diğer yerlerde yapılması*” şeklinde değinilmiştir. Yine Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasında yer alan tanımda da belirtildiği üzere tele çalışma, “*işverenin tesislerinde de yürütülebilecek bir işi, ... bu tesislerin dışında bir sözleşme veya istihdam ilişkisi*

³⁶ Tan (n 26) 54; Sanem Berkün, *Özürülülerin İstihdamında Ev Esaslı Tele Çalışma (Evde Tele Çalışma): Bursa İli Belediyelerinden Örnekler* (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Yayınları, 2013) 57.

³⁷ Tan (n 26) 54.

³⁸ Aydınöz (n 33) 33.

³⁹ Tele çalışmanın yazılı yapılmasının zorunlu olması ve yazılılık koşulunun ispat değil geçerlilik koşulu olarak öngörülmüş olması sebebiyle tele çalışmanın dört unsuru bulunduğu ve bunlardan ilkinin de yazılılık olduğu yönünde bkz. Eda Karaçöp, “Covid-19 Pandemisi Sürecinde Uzaktan Çalışma” (Haziran 2020) İzmir Barosu Bülten, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni 15.; Aksi yönde bkz. Erdem Özdemir, “Uzaktan Çalışma Yönetmeliği Karşısında Tele-Çalışma” (Mayıs 2021) 35(3) Çimento İşveren Dergisi 16. Yazara göre tele çalışmanın yazılı olarak yapılması, çalışma koşullarının açıklığa kavuşturulması bakımından yararlı görülebilirse de kanunda öngörülen bu koşulu geçerlilik koşulu olarak nitelendirmek isabetli olmayacaktır. Aynı yönde bkz. Arzu Arslan Ertürk, *İş Sözleşmesinde Şekil* (Vedat Kitapçılık 2017) 184, 185.

⁴⁰ İlaveten konuya dair Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasında gönüllük, düzenlilik ve süreklilik unsurları da vurgulanmıştır.

⁴¹ Tele çalışanın işyeri dışında çalışıyor olmasının, onun bağımlı çalışan olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel teşkil etmeyeceği yönünde detaylı olarak bkz. Abdullah Erol, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru* (Seçkin 2020) 185.



çerçevesinde düzenli olarak yerine getirilen” bir iş modelidir (m. 2).⁴² İşbu tanım-
da mesafe unsurunun işin düzenli olarak işyeri dışında görülmesi şeklinde ifade
edildiği görüldüğünden, üzerinde durulması gereken önemli bir husus da düzenli-
liktir.⁴³ Nitekim işin tamamen tele çalışanın evinde veya işyeri dışında görülmesi
aranmamaktadır.⁴⁴ Düzenli bir şekilde yapılması şartıyla haftanın bazı günlerinde
işverenin işyerinde bazı günlerinde ise evde veya işyeri dışında başka bir yerde
çalışılması, bir diğer ifadeyle hibrit (karma) çalışma modeliyle de tele çalışmanın
gerçekleşebileceği kabul edilir.⁴⁵

Tele çalışmanın bir diğer unsuru ise, bu çalışmayı özellikle klasik anlamda evden
çalışmadan ayırt eden teknoloji unsurudur. Zira tele çalışma biçiminin diğer uzaktan
çalışma biçimlerinden en önemli farkı, işçinin iş görme edimini internet, bilgisayar
vb. bilgi iletişim teknolojisi araçlarıyla ifa etmesidir.⁴⁶ Burada önemli olan işçinin
iş organizasyonuna uzaktan dahil olurken teknolojik araçları kullanması olmakla
birlikte, işin tamamının değil bir kısmının bu şekilde yapılması da yine tele çalışma
kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁷

Son olarak üçüncü unsurun organizasyon yani bağımlılık unsuru olduğu görül-
mektedir. Zira tele çalışmada işçinin işyerindeki işini evde veya bir başka yerde
teknolojik iletişim araçları ile yapması tek başına yeterli olmayıp tele çalışmanın
sürekli ve düzenli olarak işverenin iş organizasyonu kapsamında yapılması gerek-
mektedir.⁴⁸ İş sözleşmesinin doğası gereği bulunan bağımlılık unsuru, tele çalışma

⁴² Böyle bir ayrıma açıkça yer verilmemiş olsa da Çerçeve Anlaşmasının esas itibarıyla evde tele
çalışmayı düzenlediği hakkında bkz. Aydınöz (n 33) 59.

⁴³ Alp (n 13) 799. Bu bakımdan ailevi sebepler, toplu taşıma grevi gibi durumlarda yapılan tek se-
ferlik veya geçici düzensiz çalışmaların dışlandığı yönünde bkz. Aydınöz (n 33) 65.

⁴⁴ Öğretide bu yönde görüş birliği olmamakla birlikte, genellikle tele çalışmadan söz edebilmek için
çalışanın iş süresinin en az %50'sini tele çalışan olarak işyeri dışında geçirmesi gerektiği yönünde
bkz. Soysal (n 33) 136.

⁴⁵ Bu durumda, çalışanın çalıştığı işyerinde bir çalışma alanının (ofisinin) var olduğu ancak çalışanın
bazı günlerde bu ofis dışında/evinden çalıştığı, Batı Avrupa'da toplu iş sözleşmeleriyle desteklenen
ve ön plana çıkarılan sistemlerin genellikle hibrit sistemler olduğu yönünde bkz. Özdemir (n 39)
14. Aynı yönde bkz. Hekimler (n 3) 15 vd. Yazara göre, gelecek hibrit modellerden oluşturulacak
olup önümüzdeki dönem içerisinde, işçilerin işlerinin bir bölümünü işyerinde bir bölümünü evle-
rinde karma bir model kapsamında ifa edeceklerdir. Hibrit çalışma kavramı ve özellikleri hakkında
detaylı olarak bkz. Yeliz Polat, “Covid-19 Salgınının Çalışma Biçimine Etkisi: Hibrit Çalışma”
(2023) 23(2) Akdeniz İİBF Dergisi 166 vd.

⁴⁶ Senyen Kaplan (n 13) 47.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 469.

⁴⁸ Nitekim bağımsız çalışanların bilgi teknolojilerini kullanarak evde veya kendi belirledikleri bir
başka yerde çalışmaları dahi bağımlılık unsurunun var olmaması nedeni ile tele çalışan olarak ni-
telendirilemeyeceği yönünde bkz. Ergüneş Emrağ (n 11) 1420. Bu bağlamda her somut durumun
özellikleri dikkate alınarak evde çalışan kişinin işvereninle arasında bağımlılık ilişkisi içinde olup ol-
madığı incelenmesi gerektiği yönünde bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 230.
Aynı yönde bkz. Kandemir (n 9) 42.

sözleşmelerinin de ayırt edici ve önemli bir unsuru olmaya devam etmektedir.⁴⁹ Tele çalışmayı düzenleyen hükümlerde her ne kadar bağımlılık unsuru açıkça lafzi olarak ifade edilmemiş olsa da “işçinin iş görme edimini işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında ifa etmesi” ifadesiyle taraflar arasındaki bağımlılık unsuruna işaret edilmiştir.⁵⁰

Yargıtay’ın yerleşik içtihadında belirtildiği üzere, bağımlılık unsuru mutlak olup her hukuki ilişkide birebir aynı ölçütlerde tespit edilememektedir. Buna göre, iş görme ediminin işverene ait işyeri dışında yerine getirildiği evde hizmet sözleşmesi, tele çalışma, uzaktan çalışma gibi atipik iş sözleşmelerinde, bağımlılık unsuru değişip esnek çalışmaya dönüşmüştür fakat bu ilişkilerde de hizmet akdinde bulunması gereken bağımlılık ilişkisinin, esnek de olsa mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır ve bu belirleme “işçinin işverene ait iş organizasyonu kapsamında çalışmasına” göre yapılmalıdır.⁵¹

II. TELE ÇALIŞMA İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE ÜCRETİN BELİRLENMESİ

A. Tele Çalışma İlişkisinin Kurulması

TBK m. 1 uyarınca sözleşme, “*tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla*” kurulur. İş sözleşmesi de temelde işçiyle işveren tarafının karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle kurulmaktadır. İşK. 8. ve 9. maddelerinde ise, Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tâbi olmayan iş sözleşmelerinin, taraflarca Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla ihtiyaçlarına uygun türde düzenlenebileceği öngörülmektedir.

Bu bağlamda işçi ile işveren arasında kurulan bir iş sözleşmesi doğrudan yani başlangıçta kurulduğu zaman tele çalışma sözleşmesi olarak kararlaştırılabileceği gibi, halihazırda işyerinde tipik iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş ilişkisi devam ederken tele çalışmaya da dönüştürülebilmektedir. Bu doğrultuda tele çalışma ilişkisi, iş sözleşmesinin baştan itibaren tele çalışma olarak kurulması ve tele çalışmaya geçiş olmak üzere iki başlıkta incelenecektir.

1. İş Sözleşmesinin Baştan İtibaren Tele Çalışma Olarak Kurulması

İş ilişkisinin doğrudan tele çalışma sözleşmesiyle kurulabilmesi, UÇY 14. maddesinde “*İş ilişkisi doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesi ile kurulabilir*” ifadesiyle yer almaktadır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla tele çalışma sözleşmesi kurulabilmesi hususu, “gönüllülük esası” olarak Çerçeve Anlaşmanın 3. maddesinde de vurgulanmıştır. Buna göre tele çalışma, ilgili işçi ve işveren için

⁴⁹ Aynı yönde bkz. Fırat (n 30) 13.

⁵⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 231.

⁵¹ YHGK, 07.02.2024, 2022/1252 E. 2024/72 K.; 21.02.2018, 2015/21-139 E., 2018/316 K.; Y10HD. 16.06.2022, 2022/6863 E., 2022/9235 K.; 02.06.2022, 2022/5895 E., 2022/8464 K. (www.kazancihukuk.com)

gönüllülük esasına dayanır ve işçinin başlangıçtaki iş tanımının bir parçası olarak gerekli olabileceği gibi daha sonra gönüllü bir düzenleme olarak yeniden yapılandırılan bir düzenleme olarak da devreye girebilir.

İşK. m. 14/f. 4 uyarınca tarafların anlaşması neticesinde kurulacak olan tele çalışma sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, f. 5 ile de bu sözleşmede yer alması gereken hükümler öngörülmüştür. Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte tele çalışma sözleşmesinin süreli veya kısmi tele çalışma sözleşmesi olarak akdedilmesi yönünde ise herhangi bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁵² Tele çalışma ilişkisinin kurulamayacağı işler ise, UÇY m. 13 ile detaylı olarak düzenlenmiştir.⁵³

2. Tele Çalışmaya Geçiş

İşçi ile işveren arasında halihazırda kurulmuş olan tipik bir iş sözleşmesi doğrultusunda işçinin iş ilişkisi devam ederken tam veya kısmi süreli olarak tele çalışmaya geçilmesi mümkündür. Böyle bir durumda tele çalışmaya geçişe ilişkin kararın veya talebin sözleşmenin hangi tarafından geldiği hususunda mevzuatta farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Bu bağlamda tele çalışmaya geçiş talebinin işverenden ve işçiden gelmesi durumları ayrı ayrı ele alınacaktır.

a. İşverenin Talebi veya Kararı Sonrasında Tele Çalışmaya Geçiş

Halihazırda kurulmuş olan tipik bir iş sözleşmesiyle işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi devam ederken, işveren tarafından tam veya kısmi süreli olarak tele çalışmaya geçilmesi, işverenin talebi doğrultusunda veya tek taraflı kararıyla zorlayıcı nedenlere dayanarak iki ihtimalde gerçekleşebilmektedir.

Çerçeve Anlaşmanın “gönüllülük esası”nın vurgulandığı 3. maddesinde tele çalışmaya geçiş konusu detaylı bir biçimde ele alınmış olup buna göre tele çalışma, ilgili işçi ve işveren için gönüllülük esasına dayanır ve işçinin başlangıçtaki iş tanımının bir parçası olarak gerekli olabileceği gibi daha sonra gönüllü bir düzenleme olarak yeniden yapılandırılan bir düzenleme olarak da devreye girebilir. Bu doğrultuda tele çalışmaya geçişte, bireysel bir şekilde işçi ve işveren arasında anlaşma sağlanması yeterli olmaktadır.⁵⁴ Nitekim ilgili maddenin devamında belirtildiği üzere, işveren bir tele çalışma teklifi yaparsa, işçi bu teklifi kabul edebilir veya reddedebilir.

⁵² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 469.

⁵³ Tele çalışma ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında yaşanan zorluklar nedeniyle bu işlerin tele çalışma kapsamı dışında bırakılmasının isabetli bulunduğu yönünde bkz. Ahmet Terzioğlu ve Hülya Kahraman Usta, “Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanması” (2021) 18(72) Legal İSGHD 1534.; Aksi yönde bkz. Özdemir (n 39) 19. Yazara göre kanun ve yönetmeliklerde bu gibi sınırlamalar getirilmesi isabetli olmayıp genel olarak uzaktan çalışmanın yapılamayacağı işler işverence takdir edilmelidir.

⁵⁴ Tele çalışmanın toplu iş sözleşmesi ile düzenlendiği durumlarda dahi işçinin tele çalışmaya geçişinde bireysel düzeyde onayının alınması gerektiği hususunda bkz. Gaye Baycık, Sevil Doğan, Dilek Dulay Yangın ve Oğuzhan Yay, “COVİD 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespitler ve Öneriler” (2021) (3) Çalışma ve Toplum 1689.

İlk olarak işverenin talebi doğrultusunda tele çalışmaya geçişin, işverenin bu yöndeki talebinin işçi tarafından kabulüyle gerçekleşebileceği söylenebilir. Zira UÇY m. 14/f. 1 uyarınca, iş ilişkisinin doğrudan tele çalışma sözleşmesiyle kurulabileceği veya hâlihazırda işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesinin, işçinin ve işverenin anlaşması halinde tele çalışma sözleşmesine dönüştürülebileceği öngörülmektedir. Ancak işbu Yönetmelik, işverenin uzaktan çalışma talebine ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Bu bağlamda işverenin tele çalışmaya geçiş talebinin çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin genel hükümler uyarınca değerlendirilmesi gerekir zira tele çalışmaya geçiş nedeniyle işçinin özel hayatı ile iş hayatının iç içe geçmesi, ev ortamının çalışmak için elverişli olmaması, sosyal yaşamdan izolasyona maruz kalınması, ücret ve sosyal haklarda gerileme gibi nedenlerle çalışma koşulları ağırlaşabilmektedir.⁵⁵

İş sözleşmesinde değişiklik yoluyla tele çalışmaya geçiş, İşK. m. 22 hükümlerine tabi olup buna göre işveren tarafından iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik yapılması ancak işçinin rızasıyla mümkün olduğundan işçiye yazılı olarak bildirilen değişiklik teklifi, işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmediği takdirde işçi bu değişiklikte bağlı olmayacaktır. Bu bağlamda işverenin esaslı olmayan değişikliği ise tek taraflı yapma yetkisine sahip olduğu anlaşıldığından, burada tele çalışmanın esaslı değişiklik olup olmadığı önem taşımaktadır. Bir değişikliğin esaslı değişiklik niteliğini taşıması için, işçinin çalışma şartlarını ağırlaştırması ve kişisel veya mesleki nitelikleri gözetildiğinde kabul edilebilir nitelikte olmaması gerekmektedir.⁵⁶ Kanaatimizce, tele çalışmaya geçişin her hali İşK. m. 22 uyarınca esaslı bir değişiklik olmayıp esaslı değişiklik olarak nitelendirilebilmesi için tele çalışmaya geçişin somut olayda çalışma koşulları bakımından işçinin durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığına bakılmalıdır.⁵⁷ Nitekim başlangıçtan itibaren işyerinde görülmekte olan bir işin sonradan tele çalışmaya dönüştürülmesinde, sadece ücret ve eklerinde düşüş belirleyici olmayıp çalışma koşullarında ağırlaşma olup olmasına, tele çalışma biçimine, iş sözleşmesinde tele çalışmaya geçme yönünde bir kayıt bulunup bulunmamasına göre farklı sonuçlar doğurabilecektir.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Özdemir (n 39) 18; Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku (İş)* (Genişletilmiş Güncellenmiş 7. Baskı, Özgür Basımevi, 2023) 173.

⁵⁶ Genel olarak uzaktan çalışma modeli çeşitli avantajları beraberinde getirmesine rağmen dezavantajları da bulunan bir çalışma modeli olduğundan ister kısmi ister tam zamanlı olsun, fabrika modeline dayanan tipik iş akdinden farklı özellikleri barındıran uzaktan çalışmayı konu alan iş sözleşmesine geçişi, İşK. m. 22 kapsamında değerlendirmenin madde hükmünün amacına uygun düşeceği yönünde bkz. Alp (n 13) 844.

⁵⁷ İşçinin işyerine bağlı çalışma düzeninden tele çalışmaya geçilmesinin başlı başına bir esaslı değişiklik olduğuna ilişkin bkz. Aydınöz (n 33) 89-90; Kandemir (n 9) 91. Alp'e göre de söz konusu değişikliğin işçinin gördüğü işte, özlük haklarında ve statüsünde bir fark yaratmamış olması zorunludur ve işin görülme şeklinde değişiklik olup olmamasına göre ayırım yapmak gerekir. Alp (n 13) 842-843.



Burada diğer önemli husus ise, tele çalışmaya geçiş teklifinin işçi tarafından reddedilmesi halinde işverenin fesih hakkının olup olmamasıdır. Çerçeve Anlaşmanın 3. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, bir işçinin tele çalışma seçeneğini reddetmesi, bu işçinin iş ilişkisinin sona erdirilmesi veya çalışma şartlarının değiştirilmesi için bir neden teşkil etmez. Ancak hukukumuzda tele çalışmanın düzenlendiği İşK. 14. maddesinde bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte İşK. m. 22 uyarınca, “işçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir”. İşletmesel karar özgürlüğü kapsamında işverenin uzaktan çalışmaya geçmek istemesi geçerli bir sebep olarak kabul edilebilecekse de⁵⁸ yapılacak feshin geçerli bir fesih olarak nitelendirilebilmesi için kanaatimizce söz konusu işletmesel kararın ölçülülük, tutarlılık, keyfilik denetimleri yapılmalı, feshin son çare olması ilkesi gözetilmelidir.⁵⁹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yeni ilke kararlarının alınması akabinde düzenlenen panelde sunulan görüşlerde, işveren tarafından işyerinde bazı işçilerin uzaktan çalışma türlerine geçirilip bazılarının geçirilmemesi durumunun eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabileceği, ayrıca bu durumun haklı fesih imkânı ve fark alacakları isteme hakkı verebileceği ancak tek başına ayrımcılık tazminatı sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir.⁶⁰

İkinci olarak işverenin tek taraflı kararıyla zorlayıcı nedenlere⁶¹ dayanarak tele çalışmaya geçilmesiye, UÇY m. 14/f. 6 uyarınca “Uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmaz” şeklinde öngörülmektedir. Bu bağlamda zorlayıcı nedenlerin varlığı durumunda işverence tele çalışmaya geçilmesi yönünde verilen karara uymayan işçinin tele çalış-

⁵⁸ Alp (n 13) 846-847.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. Beyza İnal, *Uzaktan Çalışma*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021, 103.

⁶⁰ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 07.07.2020 tarihinde kapatılması ve yeni Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin oluşması ile yeni daire ilke kararlarının alınmasının akabinde 2021 yılı Nisan ayında Türkiye Avukatları Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Vakfı tarafından düzenlenen işbu panelde, Yargıtay 9. HD. Üyesi Sayın Şahin Çil’in kişisel olarak ifade ettiği görüşlerin derlemesi için bkz. <https://www.sthukuk.com/wp-content/uploads/2021/06/Is-Hukuku-Guncel-Yargitay-Uygulaması-19.04.2021.pdf> Erişim Tarihi 12.07.2024.

⁶¹ Zorlayıcı nedenin tanımı iş hukukunda yapılmamış olmakla beraber, mücbir sebep kavramıyla yakın anlamda kullanıldığı, bu kapsamda zorlayıcı nedenin “önceden öngörülmeyen, engellenmeyen, dıştan gelen ve meydana gelmesinde kusurlu bulunmayan durumlar” şeklinde tanımlanabileceği yönünde ve zorlayıcı neden hakkında ayrıntılı olarak bkz. İstar Urhanoglu ve Damla Kaynar, “Deprem ve Diğer Doğal Tehlikelerin İş Sözleşmesine Etkileri” (Ocak 2024) 15 (57) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 468 vd.; Hasan Kayırgan, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler* (On İki Levha 2019) 50 vd.; Çiğdem Yorulmaz, “Türk İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Kapsamında Yeni Koronavirüs Salgınının Değerlendirilmesi” (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1348 vd.

mayı reddetmesi, iş görme borcunun ifa edilmemesi anlamına gelecektir.⁶² Zorlayıcı nedenlerle tele çalışmaya geçişin oldukça önemli bir örneğini yakın zamanda Covid-19 pandemisiyle birlikte deneyimlemiş bulunmaktayız.⁶³ Nitekim 17.04.2020 tarihli 7244 sayılı Kanun⁶⁴ hükümlerinde yer alan ifadeyle “Yeni koronavirüs (Covid-19) salgını kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle” birtakım uygulamalar öngörülmüş ve Covid-19 salgınının zorlayıcı neden olduğu açıkça kabul edilmiştir. Bu doğrultuda işveren tarafından Covid-19 salgınından kaynaklı zorlayıcı neden gerekçesiyle, işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde tele çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmamıştır.

b. İşçinin Talebi Sonrasında Tele Çalışmaya Geçiş

İşçinin tele çalışmaya geçiş talebi, UÇY 14. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiş olup buna göre: “(2) İşçinin, uzaktan çalışma yapma talebi ile ilgili hususlar aşağıdadır: a) Talep yazılı olarak yapılır. b) Talep işyerinde belirlenen usul doğrultusunda işverence değerlendirilir. c) Talep değerlendirilirken, işin ve işçinin niteliği gereği uzaktan çalışmaya uygunluğu ile işverence belirlenecek diğer kriterler kullanılır”.

İşbu maddenin 3. fıkrası uyarınca ayrıca, talebe ilişkin değerlendirme sonucunun otuz gün içerisinde işçiye yazılı olarak bildirilmesi gerekecektir. Söz konusu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, işçinin tek tarafı kararıyla tele çalışmaya geçilmesi mümkün olmayıp işverenin bu geçişi uygun bulması gerekmektedir. İşveren elbette ki işçinin tele çalışmaya ilişkin talebini kabul veya reddetme konusunda serbest olmalıdır ve tele çalışmaya geçiş kural olarak karşılıklı rızaya dayanmalıdır. Nitekim Çerçeve Anlaşmanın 3. maddesinde de işçi bir tele çalışma teklifi yaparsa, işverenin bu teklifi kabul edebileceği veya reddedebileceği vurgulanmıştır.

Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca, Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde talebin işverence kabulünde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı hususunda bir düzenleme bulunmaması ve işverence bu talebin kabulüne ilişkin bir yasal zorunluluğun öngörülmemesi önemli bir eksikliklerdir.⁶⁵ Nitekim işçinin tele çalışmaya geçiş talebinin işverence reddedilmesi durumunda, işverenin ret kararını gerekçelendirmesi zorunluluğu veya işçinin bu husustaki talebinin işveren tarafından otuz gün sonrasında kabul edilmemesi durumunda başvurabileceği hukuki yollar olup olmadığı dahi düzenlenmemiştir.

⁶² Özdemir (n 39) 18.

⁶³ Esasen salgın sebebiyle bu çalışma şekline geçilmesinin, geçici bir amaca dayalı olduğu, bu amacın da iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ve işverenin işçiyi gözetme borcuyla ilişkilendirilebileceği hususunda bkz. Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (On İki Levha 2022) 242 vd.; Koronavirüs salgını sebebiyle uzaktan çalışma modellerine geçiş hakkında detaylı olarak bkz. Talat Canbolat ve Hasan Kayırgan, “Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları” (2020) 5(1) ÇÜHFD 637 vd.

⁶⁴ Kanun numarası:7244, Kabul Tarihi:16.04.2020, RG 17.04.2020/31102.

⁶⁵ Özdemir (n 39) 18,19.

B. Tele Çalışmada Ücret

1. Genel Olarak Ücret ve Ücret Ekleri

İş sözleşmesinin kurucu unsurlarından olan ücret, İşK. m. 32/f. 1 uyarınca “Bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar” olarak tanımlanmıştır. TBK 393. maddesine göre ise, “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Buradan anlaşıldığı üzere, işçinin iş görme ediminin karşılığında işveren tarafından ücret ödenmeyen çalışmalarda iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir.⁶⁶

İşçiye sırf çalışmasının karşılığı olarak ödenmesi gereken ücret, asıl ücrettir.⁶⁷ Asıl ücret, işçinin ücretine yol, yemek, yakacak gibi sosyal yardımlarla prim, ikramiye gibi ek menfaatlerin dahil edilmediği ücret olarak tanımlanır.⁶⁸ Asıl ücretin dışında kalan, işçiye işveren veya üçüncü kişiler tarafından kanundan, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinden doğan çeşitli amaç ve isimler altında para veya parayla ölçülmesi mümkün olarak yapılan ödemeler ise ücret ekleridir. Bir ödemenin ücret eki olarak kabul edilebilmesi için, bu ödemenin işçiye kanun ya da sözleşme gereğince sağlanmış olması, para veya parayla ölçülmesinin mümkün olması ve devamlı nitelikte olması yahut az-çok süreklilik arz etmesi gerekmektedir.⁶⁹

Uygulamada ücret eki olarak nitelenebilecek pek çok ödeme mevcuttur. Bunlardan ikramiye, işverenin işçilere yaptıkları işten duyduğu memnuniyeti veya bağlılıklarını belirtmek amacıyla işyerinin kuruluş yıldönümü, yılbaşı, bayram, iş yılının sona ermesi, evlenme, doğum ve benzeri vesilelerle verdiği bir ücret ekidir. İkramiye, İş Kanunu’nda düzenlenmemiş olup TBK m. 405 uyarınca; “İşveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikra-

⁶⁶ Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere ücret ödeme borcu, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan, işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcudur. YHGK, 17.04.2024, 2023/978 E. 2024/175 K.; 24.01.2024, 2023/310 E. 2024/2 K. (www.kazancihukuk.com). Ücret ödeme borcu hakkında detaylı olarak bkz. Süzek (n 13) 375 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 333 vd.; Aydın (İş) (n 55) 212 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 617 vd.; Senyen Kaplan (n 13) 179 vd.; Aydın Başbuğ ve Yücel Bodur, *İş Hukuku* (Beta, 6. Baskı, 2021) 148 vd.; Çağlar Çopuroğlu, *Ücret ve Korunması* (Turhan 2013) 25 vd.

⁶⁷ Öğretide asıl ücret yerine çıplak, temel, kök, giydirilmemiş ve dar anlamda ücret ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. Süzek (n 13) 376; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 336; Aydın (İş) (n 55) 213; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 618; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 66) 148.

⁶⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 336; İftar Urhanoğlu ve Hilal Köken, *Şemalarla Bireysel İş Hukuku* (Adalet, Ankara 2021) 50; Ücretin açık ve net bir şekilde miktar olarak belirlenmesinden veya yazılı şekilde olmasından ziyade taraflar arasında kararlaştırılmış olması esas olup tarafların miktarı belirlemediği hallerde ise asgari ücretten az olmamak üzere bir ücret belirlenebileceği hususunda bkz. YİBK, 18.11.1964, 2/4, RG, 27.11.1964 (www.kazancihukuk.com)

⁶⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 628; Eda Manav Özdemir ve İftar Urhanoğlu, “Türk İş Hukukunda Ücretin Güvencesi” (2022) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı 1442.

miye verebilir. Ancak, işçilerin ikramiyeyi istem hakları bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı halinde doğar”.

Bir diğer ücret eki olarak prim ise, işçinin üstün bir çaba göstererek nitelik ve nicelik olarak başarılı ve verimli çalışmasının yahut yüksek performansının ödüllendirilmesi amacıyla ödenir. İkramiye ve primin ödenmesi, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilmekle birlikte herhangi bir sözleşmesel yükümlülük olmaksızın işverenin tek taraflı uygulaması neticesinde çalışma koşulu haline gelmesi durumunda da söz konusu olabilmektedir.⁷⁰ Ayrıca TBK m. 406/f. 2 hükmü uyarınca, asıl ücrete ek olarak ödenmesi kararlaştırılabilen aracılık ücreti de (komisyon, provizyon) işçinin yaptığı işle işverene sağladığı çıkar üzerinden belirli bir yüzde veya sayıyla belirlenen bir karşılığı almasını ifade etmektedir. Bunun gibi işin sonucundan pay alma da ücret eki olarak kararlaştırılabilmektedir.

İşçinin çıplak ücretine, bir iş karşılığı olmaksızın ödenen sosyal ücretler⁷¹ ve yol, yemek, yakacak gibi sosyal yardımlar ile para ve parayla ölçülmesi mümkün diğer ücret eklerinin de dahil edilmesiyle bulunan ücrete ise giydirilmiş ücret⁷² adı verilir.⁷³ İşçiye ödenen ücret eklerinin ve dolayısıyla giydirilmiş ücretin tespit edilmesi, özellikle işçilik alacaklarının hesaplanması açısından büyük öneme sahiptir. Zira bazı tazminat türlerinin hesaplanmasında çıplak ücrete ek olarak ödenen işbu ücret ekleri de dahil edilirken bazı alacakların hesaplanmasında ise yalnızca çıplak ücret esas alınmaktadır. Örneğin İşK. m. 50 ve m. 57/f. 2 uyarınca hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile yıllık ücretli izin ödemelerinin çıplak ücret üzerinden yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte İşK. m.17/son ve 1475 sayılı İş Kanunu⁷⁴ m. 14/f. 11 hükümleriyle ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatlarının hesabında ve fesih bildiriminin süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesinde, çıplak ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün olan sözleşmeden ve kanundan doğan menfaatlerin de göz önünde bulundurulacağı öngörülmüştür.⁷⁵

⁷⁰ Prim ve ikramiyelerle ilgili detaylı olarak bkz. Süzek (n 13) 379 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 341 vd.; Aydın (İş) (n 55) 218-219; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 633 vd.; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 66) 150 vd.

⁷¹ İşK. m. 46, 47, 57 hükümleri uyarınca, hafta tatillerinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ve yıllık ücretli izinlerde bir iş karşılığı olmaksızın da işçiye ödenmesi öngörülen bu tür ücretlere “sosyal ücret” denir. Bunların da ücret niteliği taşıdığı çünkü belirli bir işin görülmesi karşılığında olmamakla beraber daha geniş bir anlamda belirli bir süre çalışmış olmanın karşılığı oldukları hususunda bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 618.

⁷² Öğretide giydirilmiş ücret yerine geniş anlamda ücret ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Süzek (n 13) 376; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 336; Aydın (İş) (n 55) 213; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 618; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 66) 148.

⁷³ Ücretten bahsedilebilmesi için işçiye bir kazandırmanın sağlanmış olması gerektiğinden, örneğin iş görmesi için verilen iş elbisesi, iş aleti, bilgisayar vb. ücret niteliğinde olmadığından giydirilmiş ücrete dâhil edilmeyeceği yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit (n 63) 271.

⁷⁴ Kanun numarası:1475, Kabul Tarihi:25.08.1971 RG., 01.09.1971/13943.

⁷⁵ Tazminat hesaplamasında kanunda, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe işçilik alacakları yönünden esas alınacak ücretin, çıplak (temel) ücret olduğu yönünde bkz.

İşK. m. 21. gereğince de işverence işçinin işe başlatılmaması halinde en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında ödemekle yükümlü tutulacağı tazminat hesabında çıplak ücret esas alınacaktır. Ancak kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesine ilişkin hesaplamada ise giydirilmiş ücret esas alınmaktadır.⁷⁶

Ücrete ilişkin önemli bir husus da iş sözleşmesiyle çalışan ve İş Kanunu kapsamında olan veya olmayan her türlü işçiye, Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile belirlenen asgari ücretten⁷⁷ düşük ücret ödenemeyecek olmasıdır. Ancak asgari ücretin ödenmesinde işverence işçiye ödenen ücret ekleri ve sosyal yardımlar dikkate alınmamaktadır.⁷⁸ Bu doğrultuda işçinin ücretine, ücret ekleri ve/veya sosyal yardımların da dahil olduğu yönünde bir değerlendirme yapılabilmesi için, işçinin ücretinin mutlaka asgari ücretten fazla olması ve belirtilen ödemeleri karşılayacak miktarda olması gerekir.

Ücretin önemli bir unsuru da para ile ödenmesidir. Nitekim İş Kanunu'nda açıkça ücretin para ile ödeneceği öngörülmüştür (m. 32/f. 1). Bu bağlamda para ile ödeme zorunluluğunun asıl ücret bakımından geçerli olduğu; asıl ücret dışında kalan diğer ek ödemelerin ise aynı olarak ödenmesinde herhangi bir engel bulunmayıp taraflarca para dışındaki araçlarla ödeneceğinin kararlaştırılabileceği anlaşılmaktadır.

2. Tele Çalışma İlişkisinde İşverenin Ücret Ödeme Borcu

Şüphesiz ki tele çalışmada da tarafların iş sözleşmesinden doğan borçları farklılık göstermeyecektir. Dolayısıyla işverenin ücret ödeme borcu, tele çalışma ilişkisi açısından da asıl ücret yönünden aynı şekilde devam etmekte olup ücrete ilişkin İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hususlar, tele çalışma için de uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede örneğin diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi tele çalışan işçinin ücretinin de zamana göre, parça başına ya da karma ücret ödeme şekillerinden birine göre ödenmesi mümkündür.⁷⁹ Nitekim İşK. m.14/f. 6

Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 336; Aydın (İş) (n 55) 213; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 24. Baskı Seçkin 2019) 77. Bununla birlikte İş Kanunu'nun, asıl ücrete göre ödeme yapılacağını öngördüğü hallerde, sözleşmeyle ücret eklerinin tümünün veya bir kısmının hesaba katılacağını kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 628.

⁷⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 627; Öğretide ve uygulamada, işbu tazminat için "işe başlatmama tazminatı" ve üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları için ise "boşta geçen süre ücreti" ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. Süzek (n 13) 664 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 594 vd.; Aydın (İş) (n 55) 407 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 1112 vd.

⁷⁷ Anayasa m. 55 ve İşK. m. 39 hükümlerinde yer verilen asgari ücret kavramı, Asgari Ücret Yönetmeliği (RG., 01.08.2004, 25540) m. 4/d bendi ile tanımlandığı üzere, "işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücreti" ifade eder.

⁷⁸ Süzek (n 13) 390; Manav Özdemir ve Urhanoğlu (n 69) 1447.

⁷⁹ Tele çalışmada ücretin zaman esasına göre ödenmesinin, özellikle ana işyeri ile sürekli bağlantı

ile açıkça öngörüldüğü üzere, tele çalışan işçiler de esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacaklardır. Bu bağlamda işveren, tele çalışanın ücreti belirlenirken kural olarak işyerinde çalışanlardan farklı şekilde hesaplama yapmamalıdır.

Tele çalışmada işverenin ücret ödeme borcu; işverenin mevcut iş sözleşmesinden doğan ve halihazırda ödemekte olduğu ücret ve ücret eklerinin sonradan tele çalışmaya geçiş neticesinde ödenmesinin devam edip etmeyeceği ve doğrudan tele çalışmadan doğan giderlerin ödenmesi olarak iki başlıkta incelenecektir.

a. Tele Çalışmaya Geçiş Neticesinde Ücret ve Ücret Eklerinin Durumu

İşçi ile işveren arasında halihazırda kurulmuş olan iş sözleşmesi doğrultusunda işçinin iş ilişkisi devam ederken, işçinin yahut işverenin talebi veya kararı neticesinde tam veya kısmi süreli olarak tele çalışmaya geçilmesi mümkündür.⁸⁰ Tele çalışmaya geçiş sonucunda aslolan tele çalışan işçinin ücret ve ücret eklerinde indirim yapılamaması olmakla birlikte, uygulamada işçiye ödenen veya aynı olarak sağlanan ücret eki niteliğindeki bazı ödemelerin tele çalışma döneminde de ödenmesi gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca, prim ve ikramiye gibi ücret eklerinin işyerinde fiilen çalışan işçilerle arasında farklı bir uygulama yapılmasını gerektirecek haklı bir neden bulunmadığından bahisle, tele çalışan işçilere de aynı şekilde ödenmesi gerekir.⁸¹ Zira işçiye sadece işyeri dışında çalışıyor olması sebebiyle daha düşük ücret ödenmeyeceği gibi prim ve ikramiye gibi işyeri uygulamalarının dışında bırakılması da kabul edilmemelidir.

Ancak işyerinde fiilen çalışan işçilerle tele çalışanlar arasında farklılık oluşturulan, bir diğer ifadeyle farklı uygulamalar yapılması için haklı gerekçeler bulunan durumlarda ise işveren tarafından, işçilerin işyerine gelmeleri sebebiyle sunulan yol yardımı gibi sosyal yardımlarda kesinti yapılması, iş sözleşmesinin ihlali olarak veya eşit davranma borcuna aykırılık olarak nitelendirilmemelidir.⁸² Bu bağlamda örneğin işçilere verilen yol ücreti hususunda bizim de katıldığımız görüş uyarınca, işin asıl işyerinde gerçekleşmemesi nedeniyle işverenin bu yükümlülüğünden kurtulması söz konusudur. Ancak burada önemle dikkat edilmesi gereken husus, tele çalışmanın gerçekleştiği yerdir. Zira tele çalışmanın türüne göre işçi, evde veya tele merkezde yahut gezici olarak çalışabilmektedir. Bu durumda evde tele çalışan işçiye nakdi olarak verilen yol ücretinin verilmeye devam edilmesi yahut aynı olarak yapılan servis hizmetinin parasal karşılığının ödenmesi gerekmemelidir. Nitekim yol ücreti işçilerin işyerine gelip gitmeleri karşılığında yaptıkları maliyeti karşılamak için

halinde çalışmayan tele çalışan işçiler açısından sorunlar yaratabilecek nitelikte olduğu yönünde bkz. Kandemir (n 9) 118.

⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. Başlık II, A, 2.

⁸¹ Özdemir (n 39) 31.

⁸² Aydın (Covid-19) (n 13) 191; Ergüneş Emrağ (n 11) 1429,1430; Akın (Covid-19) (n 13) 40.



ödendiğinden, evde tele çalışan işçiye bu yardımın gerçekleştirilmemesi için doğası gereği olacaktır. Ancak tele merkezde yahut gezici olarak çalışacak işçi açısından işverenin bu yükümlülüğü, bu süreçteki masraflar gözetilerek devam etmelidir.⁸³ Yol yardımı işçiye fiilen çalışılan gün karşılığında ödeniyor ise yani işe gelmediği günlerde bu yardım kesiliyorsa, çalışılmayan günlerin yol ücretinin ödenmesi gerekmez. Bununla birlikte işyerine gelinip gelinmemesine bakılmaksızın yol ücretinin maktu olarak ödenmesi halinde ise ödemeye devam edilmesi gerekmektedir. Ayrıca işçinin belirli aralıklarla asıl işyerinde, belirli aralıklarla asıl işyerinden uzakta çalıştığı hibrit model tercih edilmişse; burada da asıl işyerine gelip gidilen süreçteki masraflar gözetilerek işverenin yükümlülüğü devam etmelidir.

Yemek ücreti hususunda ise, bizim de katıldığımız görüş uyarınca işçiye bu ücretin ödenmesine devam edilmelidir zira asıl işyerinden uzakta çalışan işçinin yemek gideri ister evinde ister tele merkezde çalışıyor olsun, varlığını korumaya devam etmektedir.⁸⁴ Ancak bu görüşün katılmadığımız kısmı ise, işyerinde aynı olarak yemek yardımı sağlanması durumunda, bunun parasal karşılığının tele çalışmada talep edilemeyecek olmasıdır. Kanaatimizce her ne kadar özellikle evde tele çalışan işçiye, işveren tarafından aynı olarak yemek hizmeti sunulmasa da bunun karşılığı olan uygun bir yemek bedelinin ücrete eklenmesi gerekmektedir.⁸⁵

Öğretideki görüşler bu şekilde olmakla birlikte uzaktan çalışmanın işçi ve işveren üzerindeki etkilerinin araştırılması için yapılan bir anket çalışmasında⁸⁶ konunun uygulamadaki karşılığının oldukça farklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. İşçilere sorulan “Uzaktan çalışmanın dezavantajları nelerdir?” sorusuna verilen yanıtlar arasında, işveren tarafından yapılan yemek, yol ücreti, prim vb. aynı/nakdi ödemelerin kesilmesi sayılmıştır. Sonuçlardan anlaşıldığı üzere uygulamada bazı işverenlerce ödeme zorunluluğu devam eden bu gibi ücret ekleri, işin tele çalışma şeklinde görülmesi sebebiyle kısmen veya tamamen yerine getirilmemektedir.

Esasen işçinin ücretinde olduğu gibi ücret eklerinde yapılan değişiklikler de İşK. m. 22 kapsamında esaslı değişiklik olarak değerlendirilmektedir. Nitekim sadece nakdi ödemelerin değil yemek veya servis sağlanması gibi aynı ücret eklerinin kaldırılması veya azaltılması da aleyhe esaslı değişikliktir.⁸⁷ Burada dikkat edilmesi gereken, işçinin eline geçen toplam ücrette eskisine göre bir azalma ger-

⁸³ Özdemir (n 39) 31.

⁸⁴ Özdemir (n 39) 31.

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca(n 13) 336; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 13) 198. Bazı yüksek yargı mensupları tarafından, uzaktan çalışan işçiye sunulan yardımın aynı veya nakdi yapılmasının bir önemi bulunmaksızın işçinin işveren tarafından sağlanan yemek yardımından yararlanmaya devam edeceğinin ileri sürüldüğü hususunda bkz. Şahin Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri* (Yetkin 2020) 156.

⁸⁶ Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 54) 1685 vd.

⁸⁷ Süzek (n 13) 678.

çekleştirilmemesidir.⁸⁸ YHGK kararında da belirtildiği üzere “*ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da*” çalışma koşulları arasında yer almaktadır.⁸⁹ Bu doğrultuda tele çalışan işçi açısından aynı/nakdi yemek yardımı ile nakdi yol yardımlarının kesilmesi, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliği teşkil ederek İşK. m. 22 hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yeni daire ilke kararlarının alınması akabinde düzenlenen panelde de benzer görüşler sunulmuş olup buna göre, uzaktan çalışma türlerinde nakdi yol ve aynı/nakdi yemek yardımı varsa işverenin eşit davranma borcu bakımından bu yardımlara devam etmesi gerekir, dolayısıyla işveren bu ücretleri kesemeyecektir. Ancak servis sağlanması gibi aynı olarak yol yardımı verilmesi ise mümkün olmadığından, işçinin son giydirilmiş ücreti yalnızca yol ücreti artık verilmez hale gelmişse yol ücreti olmaksızın belirlenmelidir.⁹⁰

b. Tele Çalışmadan Doğan Giderlerin Karşılanması Borcu Kapsamında Ücret ve Ücret Eklerinin Durumu

İşin asıl işyeri dışında evde veya gezici tele çalışma şeklinde yahut tele merkezlerde yapılması durumlarında işverenin tasarruf ettiği ve işçinin maruz kaldığı birtakım giderler oluşmaktadır. Böylece tele çalışma sayesinde şirketlerin maliyetlerinde önemli ölçüde bir düşüş olmasına karşın, söz konusu maliyetlerin bir kısmı da işçiye yüklenmektedir.

İşK. m. 14 uyarınca, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar ile işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler tele çalışmaya dayalı olarak yapılacak iş sözleşmesinde yer alacaktır (f. 5). UÇY 8. maddesinde ise, işin görülmesinden kaynaklanan mal veya hizmet üretimiyle doğrudan ilgili zorunlu giderlerin tespiti ve karşılanmasına ilişkin hususların iş sözleşmesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. Buna göre işin niteliğine göre tele çalışanın yaptığı masrafların hangilerinin zorunlu gider sayılacağı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi hükümleri ile kararlaştırılabilecektir. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca, işçinin iş görme sürecinde yaptığı masrafların ve giderlerin sadece iş sözleşmesi ile düzenleneceğinin öngörülmesi, eksik bir düzenleme olup bu konunun iş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olması halinde sorunun ne şekilde çözüleceği hususu belirsiz bırakılmıştır.⁹¹

Çerçeve Anlaşma m. 7 uyarınca ise, tele çalışma başlamadan önce iş ekipmanı, sorumluluk ve maliyet konularının açıkça belirlenmesi öngörülmüş olup genel kuralın, tele çalışan kendi ekipmanını kullanmadığı sürece, işverenin düzenli tele

⁸⁸ Mustafa Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (Seçkin 2005) 121.

⁸⁹ YHGK 2023/986 E., 2024/183 K., 17.04.2024. (www.kazancihukuk.com)

⁹⁰ <https://www.stthukuk.com/wp-content/uploads/2021/06/Is-Hukuku-Guncel-Yargitay-Uygulaması-19.04.2021.pdf> Erişim Tarihi 20.07.2024.

⁹¹ Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 54) 1702.



çalışma için gerekli ekipmanı sağlamak, kurmak ve bakımını yapmaktan sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda tele çalışma düzenli olarak gerçekleştiriliyorsa, işverenin özellikle iletişimle ilgili olanlar olmak üzere, işin doğrudan neden olduğu masrafları üstlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "Covid-19 Sırasında Uzaktan Çalışma Pandemi ve Ötesi-Pratik Bir Rehber" başlıklı yayınında, Covid-19 pandemisinde evden çalışmak durumunda kalan tele çalışanların artan giderleri gözetilerek örneğin elektrik, iletişim, ısıtma ve/veya soğutma ve tele çalışmaya özgü diğer masrafların tamamen veya kısmen işveren tarafından karşılanması konusunda tavsiyede bulunulmuştur.⁹²

İşin tele çalışma şeklinde görülmesinden doğan bu gibi giderlerin işveren tarafından karşılanıp karşılanmayacağı yahut karşılanacaksa nasıl hesap edileceği veya ne şekilde ödeneceği öğretide de gündemdedir. Bir görüş uyarınca TBK m. 416 hükmü doğrultusunda işin görülmesi nedeniyle ortaya çıkan giderlerin işveren tarafından karşılanması gerektiği belirtilmektedir.⁹³ Buna göre, "İşçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödenir. İşçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir". Ancak işe ilişkin zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen bizzat işçi tarafından üstlenileceğine ilişkin sözleşme hükümleri ise TBK m. 414/f. 2 ve 3 karşısında geçersiz olacaktır.

Yine aynı görüş uyarınca, TBK m. 413 ile öngörüldüğü üzere işçinin araç ve malzemeyi temin etmesi halinde de işverenin uygun bir karşılık ödemekle yükümlü tutulması gerektiğinden, bu kapsamda örneğin işçinin işyeri ve müşteriler ile iletişim kurmak için yaptığı görüşmelere ilişkin iletişim giderleri, elektrik, internet kullanımından kaynaklanan giderleri de karşılaması gerekmektedir.⁹⁴ Aynı şekilde işçiye bilgisayar, faks, yazıcı, tarayıcı, telefon vb. teknik araç gerecin sağlanması, kullanılacak bilgi ve iletişim teknolojileriyle ağ bağlantısına ilişkin abonelik gerektiren programların temin edilmesi, söz konusu araç gerecin kurulumu, bakımı, onarımı, sigortalanması giderleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir.⁹⁵ Nitekim işverenin, işçilerin iş görme borcunu yerine getirebilmesi için gerekli olan iş ekipmanını sağlama yükümlülüğü, kural olarak tele çalışmada da geçerlidir.⁹⁶

⁹² ILO (n 3) 24.

⁹³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 13) 234; Alp (n 13) 832. Ayrıca işin görülmesi sırasında karşılaşılabilecek Covid-19 risklerinin azaltılmasına yönelik masrafların da işverence karşılanması gerektiği yönünde bkz. Levent Akın, "Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan / Evden Çalışma ve Olası Sonuçları" Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal 2021) 274.

⁹⁴ Alp (n 13) 832.

⁹⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 13) 195; Alp (n 13) 832; Dulay Yangın (n 13) 203; Ergüneş Emrağ (n 11) 1428.

⁹⁶ Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 54) 1700.

Telefon, internet, elektrik, ısınma gibi masrafların karşılanması konusunda, işçinin kendi özel kullanımlarının da faturaya dahil olması sebebiyle işverenin bu giderlere tümüyle katılması ise hakkaniyet açısından sorun olabilecektir. Nitekim işçinin tele çalışabilmesi için mevcut internet paketini yükseltmesi gerektiğinde, normalden fazla ödediği internet kullanım bedeli artık işçinin işini görmesi için yaptığı zorunlu bir masraf niteliğinde olabilecektir. Ancak burada işçinin özel kullanımlarıyla iş görmesi için gerçekleştirilen kullanımlarını ayırt etmek kolay olmayacaktır. Bu hususta ileri sürülen fikirlere göre; işverenin söz konusu giderlere kısmen katılması da yeterli görülebilmeli⁹⁷ veya işveren tarafından iletişim araçlarının kullanımı yalnızca işle sınırlandırılabilir⁹⁸ yahut işçiye ayrı bir telefon/internet bağlantısı kurulabilmelidir.⁹⁹ Bununla birlikte tarafların anlaşması mümkün olduğundan iş sözleşmesinde işverenin bu masraflar için götürü bir ödeme yapacağını öngörülmesi de mümkün olup burada mutlaka masrafları gerçekten karşılayabilecek, orantılı ve yeterli sayılabilecek bir miktar belirlenmelidir.¹⁰⁰

Taraflarca iş sözleşmesinde tele çalışmadan kaynaklı giderlerin ücrete dahil olduğunun kararlaştırılmasının önünde de herhangi bir engel yoktur. Ancak bu durumda işçinin ücreti mutlaka asgari ücretten fazla olmalı ve ödeme de harcamaları karşılayacak miktarda olmalıdır.¹⁰¹ Ayrıca işçi tarafından, ücretin içinde kararlaştırılmış olandan daha fazla gidere maruz kalındığı ispat edilirse, aşan kısmın da işverence karşılanması gerekecektir.¹⁰²

Evde tele çalışmanın dışında örneğin gezici tele çalışmada, işverence işçinin seyahat, barınma ve yemek gibi masraflarının da karşılanması gerekecektir. Evde tele çalışma durumunda ise, işverenin kira giderine ortak olup olmaması veya işçinin evinin kullanımı karşılığında bir bedel ödeyip ödememesi konusu da öğretilerde tartışılmaktadır. Bir görüş uyarınca, işçinin iş için ayırdığı yeri özel amaçları için kullanma olanağının büyük ölçüde sınırlanmış olması, belirleyici ölçüt olabilecektir. Buna göre, işçinin iş amacı ile ayırdığı oda veya alanı özel amaçlı kullanması işverence sınırlanmış veya fiilen böyle bir durum doğmuşsa işverenin buna ilişkin uygun bir ek ödemede bulunması gerektiği zira bu durumda işverenin tesis tutma vb. masraflardan kurtulmuş olup bu masrafı belirgin bir şekilde işçiye yüklediği ancak işin evde görülmesi, işçinin çalışma alanını özel amaçları için kullanmasında

⁹⁷ Alp (n 13) 833. Ancak böyle bir durumda oranlama yapabilmek için işçinin tüm kullanımlarının kayıt altına alınması, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği bakımından sorun yaratacağından oranlama yöntemi yerine işveren tarafından her ay düzenli bir ödemenin yapılmasının bu konuda daha somut bir çözüm olacağı yönünde bkz. Ulaş Baysal, "İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması" (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 68.

⁹⁸ Kılıç (n 27) 815.

⁹⁹ Kandemir (n 9) 122.

¹⁰⁰ Alp (n 13) 833.

¹⁰¹ Karaçöp (n 39) 18-19.

¹⁰² Civan (n 13) 562.



herhangi bir sınırlama oluşturmuyorsa işverenin bu hususta bir ek ödemede bulunma yükümlülüğü doğmayacağı belirtilmektedir.¹⁰³

İşverenlerin tele çalışmada giderleri ödeme borcu kapsamında öğretilen görüşler genel olarak böyle olmakla birlikte, yapılan bir anket çalışmasında¹⁰⁴ konunun uygulamadaki karşılığının oldukça farklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zira işçilere sorulan “Uzaktan çalışmanın dezavantajları nelerdir?” sorusuna verilen yanıtlarda elektrik, su vb. aylık masrafların bu çalışma sebebiyle arttığı belirtilmiştir. Ayrıca çalışma ortamının uygun olmaması yüzünden uzaktan çalışmanın devam etmesi durumunda başka eve çıkacakları, böylece kira bedelinin de artacağı belirtilmiştir.

Yukarıda değinilen anket çalışmasında işverenlere, işin görülmesinden kaynaklanan internet, telefon, elektrik gibi faturalara belirli oranlarda katkıda bulunup bulunmadıkları sorulmuş ve katılımcıların %71.53’ü Hayır, %28.47’si Evet cevabını vermiştir. Çalışanlara bu gibi faturalara işveren tarafından belirli oranlarda katkıda bulunup bulunmadıkları sorulduğunda ise, katılımcıların %91.26’sının Hayır, %8.74’ünün Evet cevabını verdiği belirtilmiştir. İlgili anket çalışması sonuçlarından, uygulamada işverenlerin işin tele çalışma şeklinde görülmesinden doğan masrafları da kısmen veya tamamen üstlenme konusunda oldukça zayıf olduğu anlaşılmaktadır.

3. Tele Çalışmadan Doğan Giderlerin Giydirilmiş Ücrete Dahil Olup Olmaması Durumu

İşçiye sırf çalışmasının karşılığı olarak ödenmesi gereken asıl ücretin çıplak ücret olduğu; bunun dışında kalan, işçiye işveren ya da üçüncü kişiler tarafından kanundan, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinden doğan çeşitli sebep ve isimler adı altında para veya para ile ölçülmesi mümkün olarak ödenen ücret eklerinin de dahil edilmesiyle bulunan ücrete ise giydirilmiş ücret adı verildiği yukarıda detaylı olarak ele alınmıştır.¹⁰⁵

Giydirilmiş ücretin tespit edilmesi hususunun özellikle işçilik alacaklarının hesaplanması açısından oldukça büyük öneme sahip olduğu da yukarıda örnekleriyle belirtilmiştir. Burada tazminat hesaplamalarında gözetilecek sosyal yardım ve ücret eki niteliğindeki ödemelerin diğer unsurların yanı sıra devamlı nitelikte olması yahut az-çok süreklilik arz etmesi gerektiği hususunun tele çalışma açısından vurgulanması gerekli görülmüştür. Zira bunların dışında, işçilerin özel yaşamları ile ilgili olarak bir veya birkaç kez ödenmesi kararlaştırılan doğum, ölüm, evlenme, ilaç yardımı vb. giydirilmiş ücret kapsamında dikkate alınmamaktadır. Yine örneğin Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere günümüzde uygulaması olmamakla birlikte asgari geçim indirimini de ücret eki sayılmamaktadır.¹⁰⁶

¹⁰³ Alp (n 13) 834; Ergüneş Emrağ (n 11) 1427; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 13) 195.

¹⁰⁴ Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 54) 1685 vd.

¹⁰⁵ Bkz. II, B, 1.

¹⁰⁶ Y22HD. 2016/30260 E., 2020/3250 K., 24.02.2020.; Y22HD. 2016/15906 E., 2019/13221 K., 17.06.2019.; Y22HD. 2017/19697 E., 2019/9359 K. 22.04.2019.; Y22HD. 2015/33031 E., 2018/16824 K. 04.07.2018. (www.kazancihukuk.com)

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında “*Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 sayılı İş Kanununun 32’nci maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. ... Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan prim değişkenlik gösterse de kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir*» ifadeleriyle değişkenlik gösteren primlerin dahi ücret eklerine dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁷

Bu bağlamda işin tele çalışma şeklinde görülmesinden doğan ve işveren tarafından kısmen veya tamamen yahut götürü biçimde karşılanan telefon, internet, ısınma, elektrik faturaları gibi giderlerin de devamlılık unsurunu sağlaması şartıyla giydirilmiş ücrete dahil edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁸ Bununla birlikte genel olarak ücretten bahsedilebilmesi için işçiye bir kazandırmanın sağlanmış olması gerektiğinden, örneğin iş görmesi için işçiye verilen iş ekipmanları, iş elbisesi, bilgisayar vb. araçlar ise giydirilmiş ücrete dâhil edilmemektedir.¹⁰⁹ Ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yeni daire ilke kararlarında da belirtildiği gibi tele çalışan işçinin giydirilmiş ücreti, yol ücreti artık verilmez hale gelmişse yol ücreti olmaksızın belirlenmelidir.¹¹⁰ Bu hususlar gözetilerek belirlenen giydirilmiş ücret, İşK. m.17/son ve 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/f. 11 hükümleri gereğince ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatlarının hesabında ve fesih bildiriminin süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesinde esas alınacaktır.

İşK. m. 21 uyarınca ise, işverence işçinin işe başlatılmaması halinde kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesine ilişkin hesaplamada ücret ekleri hususunda farklı bir değerlendirme yapılmaktadır. Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesinin, tele çalışmadan kaynaklanan bir ödeme niteliğindeki “evden çalışma gider ödemesi”nin boşta geçen süre ücretine dahil edilip edilmemesinin konu olduğu bir uyuşmazlığa ilişkin kararında, boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda, yakacak yardımı gibi para ile ölçülebilen hakların da dahil edilmesi gerektiği ve belirtilen dönemde şayet işçi işyerinde çalışmaya devam etse idi, hak kazanacağı tüm para ile ölçülebilen değerlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte işbu kararda, işçinin ancak fiili çalışmasıyla ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili, bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücretle satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi

¹⁰⁷ Y9HD. 2020/2597 E., 2021/5846 K., 09.03.2021 (www.kazancihukuk.com).

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 54) 1700

¹⁰⁹ Manav Özdemir ve Urhanoğlu (n 69) 1442; Ekmekçi ve Yiğit, (n 63) 271.

¹¹⁰ <https://www.stthukuk.com/wp-content/uploads/2021/06/Is-Hukuku-Guncel-Yargitay-Uygulaması-19.04.2021.pdf> Erişim Tarihi 20.07.2024.



gereken haklar kavramında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı zira Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2022/3357 K. 2022/4177 T. 30.3.2022 ilamının da bu yönde olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda karara konu olan somut olayda, ilk derece mahkemesinin kararında davacının boşta geçen süre ücretine fiilen işe gitmediği, çalışmadığı takdirde mahrum kalmayacağı ücret kalemlerinden olan “evden çalışma gider ödemesi”nin eklenmesinin usul ve yasaya uygun bulunmadığı öngörülmüştür.¹¹¹

İlgili BAM kararında da belirtildiği üzere Yargıtay, boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda, yakacak yardımı gibi para ile ölçülebilen hakların dahil edilmesi gerektiğini öngörmüştür. Buna göre; “*Belirtilen dönemde şayet işçi işyerinde çalışmaya devam etse idi, hak kazanacağı tüm para ile ölçülebilen değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödemesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz. ... Somut olayda işverence işçilere servis tahsis edildiği anlaşılmakta olup, Mahkemece bu servis yardımının parasal değeri boşta geçen süre ücretine ilave edilmiştir. Ancak işçinin fiilen çalışmadığı dört aylık dönemde servis ile işe götürülüp getirilmesi söz konusu olmayacağından bu halde işçinin pozitif manada bir gelir kaybı olmadığı gibi, tasarruf edemediği yahut malvarlığından eksilen bir miktar da bulunmamaktadır*”.¹¹² Bununla birlikte kararının devamında, aynı durumun yemek yardımı için söz konusu olmadığı belirtilmiştir zira işverence işyerinde işçilere yemek verilmesi halinde, işçinin dört aylık boşta geçirdiği süre içinde bu yemek yardımından yararlanmasının mümkün olamayacağı ve bu durumda işçinin, dört aylık zaman dilimindeki yemek ihtiyacını kendi maddi imkanları ile sağlamak ve yemek yardımının eksilmesi ile oluşan boşluğu kendisi ikame etmek zorunda kaldığı vurgulanmıştır. Oysa burada işçinin, fiilen işe gitmediği takdirde, herhangi bir gelir kaybı olmadığı gibi yararlanmadığı yol yardımını ikame edecek bir harcama yapmak zorunda da olmadığı ve bu itibarla da karara konu olan somut olayda, işverence sağlanan servis yardımının parasal karşılığının boşta geçen süre ücretine ilave edilmesinin isabetli olmadığına hükmedilmiştir. Samsun BAM 8.HD’nin yukarıdaki kararına konu olan “evden çalışma gider ödemesi”nin içeriği karardan anlaşılacakla birlikte, kanaatimizce Yargıtay’ın görüşleri de dikkate alınarak tele çalışmadan kaynaklanan bu gibi giderlerin boşta geçen süre ücretine ilavesi konusunda gözetilmesi gereken husus da işçinin fiili çalışmasıyla ortaya çıkıp çıkmamasıdır. Bu doğrultuda kanımızca ilgili BAM kararına konu olan “evden çalışma gider ödemesi”nin içeriğinin işçinin fiili çalışmasıyla ortaya çıkan bir gider olması halinde davacının boşta geçen süre ücretine eklenmemesi yerinde olacaktır. Bu kapsamda örneğin tele merkez esaslı veya gezici tele çalışma yapılması durumlarında, işverence sağlanan servis

¹¹¹ Samsun BAM 8.HD, 2024/6 E. 2024/67 K. 17.01.2024 (www.kazancihukuk.com).

¹¹² Y9HD. 2022/4307 E., 2022/5784 K. 11.05.2022 (www.kazancihukuk.com).

yardımlarının parasal değeri boşta geçen süre ücretine ilave edilmemelidir zira burada tele çalışan işçinin fiilen çalışmadığı dönemde servisle işe götürülüp getirilmesi söz konusu olmayıp bu halde işçinin pozitif manada bir gelir kaybı olmadığı gibi, tasarruf edemediği yahut malvarlığından eksilen bir miktar da bulunmayacaktır. Ancak tele çalışan işçinin, işveren tarafından kısmen veya tamamen yahut götürü biçimde karşılanan bunun dışında kalan yemek, yakacak yardımı, faturalar vb. giderlerinin ise bu bağlamda boşta geçen süre ücretine dahil edilmesi gerekecektir.

SONUÇ

Hukukumuzda daha önce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda evde hizmet sözleşmesi genel başlığı altındaki düzenlemeler kapsamında değerlendirilmiş olup 2016 yılında yapılan değişiklikle 4857 sayılı İş Kanunu'na da yasal çerçeveye oturtulmuş olan uzaktan çalışma; *"işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi"* olarak tanımlanmıştır (İşK m.14/f. 4). Görüldüğü üzere İş Kanunu anlamında uzaktan çalışma, hem teknolojik aletlerin kullanılmadığı geleneksel anlamda evden çalışmayı hem de teknolojik alet kullanımının yoğun olduğu tele çalışmayı kapsayan bir üst kavram olarak düzenlenmiştir. Çalışmamız kapsamında ele alınmış olan uzaktan çalışmanın tele çalışma biçimi ise İşK m. 14 ile öngörüldüğü üzere, işin, bilgi ve iletişim teknolojileri yardımıyla, tamamen veya kısmen işyeri dışında (evinde veya başka bir yerde) gerçekleştirildiği bir iş organizasyonunu ifade etmektedir. Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasında yer alan tanımda ise tele çalışma, işverenin tesislerinde de yürütülebilecek bir işi, bilgi teknolojilerinden yararlanarak bu tesislerin dışında bir sözleşme veya istihdam ilişkisi çerçevesinde düzenli olarak yerine getirilen bir iş organizasyon modeli olarak belirtilmiştir (m. 2). Ülkemizde beklenen yönetmelik ise, İşK 14. maddesine dayanılarak uzaktan çalışmanın usul ve esaslarını belirlemek amacıyla "Uzaktan Çalışma Yönetmeliği" adıyla 10.03.2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Tüm bu düzenlemeler ışığında bir çalışmanın tele çalışma olarak kabul edilebilmesi için; iş görme ediminin uzaktan yerine getirilmesi (mesafe/mekân unsuru), iş görme ediminin teknoloji yoluyla yerine getirilmesi (teknoloji unsuru) ve iş görme ediminin yerine getirilmesi sürecinin düzenlenmesi (organizasyon/bağımlılık unsuru) olmak üzere üç koşulu bulunduğu anlaşılmaktadır.

Tele çalışmanın, işin yapıldığı yer bakımından, ana ofisle iletişime geçme bakımından ve yapılan işin niteliği bakımından ele alındığında farklı uygulama biçimleri söz konusudur. İşin yapıldığı yer bakımından incelendiğinde tele çalışma; ev esaslı (evde), tele çalışma merkezleri esaslı ve mobil (gezici) tele çalışma olarak sınıflandırılmaktadır. Ana ofisle iletişime geçme bakımından ele alındığında ise, çevrimiçi (online) ve çevrimdışı (offline) olarak ikiye ayrılmaktadır. Son olarak işin niteliği bakımından tele çalışma ise, ürün arzı esaslı ve hizmet arzı esaslı tele çalışma olarak ayrılmaktadır.



Tele çalışma ilişkisinin kurulması, iş sözleşmesinin baştan itibaren tele çalışma olarak kurulması ve tele çalışmaya geçiş olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Tele çalışmaya geçişe ise, bu geçiş talebinin veya kararının işverenden ya da işçiden gelmesi durumları hususunda mevzuatta farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Ne şekilde kurulmuş olursa olsun tele çalışma ilişkisinde şüphesiz ki tarafların iş sözleşmesinden doğan borçları farklılık göstermeyecektir. Bu doğrultuda işverenin ücret ödeme borcu da tele çalışma açısından asıl ücret yönünden aynı şekilde devam etmekte olup ücrete ilişkin İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hususlar, tele çalışma için de uygulama alanı bulacaktır. Ancak tele çalışmada maliyetlere katılımın nasıl belirleneceği, işçinin yol, yemek yardımları ile internet, telefon, ısınma, elektrik faturaları vb. diğer ödemelerin durumu gibi bazı konular Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde tarafların anlaşmasına bırakılmıştır.

Tele çalışmaya geçişte aslanan işçinin aldığı ücret ve ücret eklerinde hiçbir indirim yapılmaması olmakla birlikte uygulamada, işçiye ödenen veya aynı olarak sağlanan yol ve yemek vb. sosyal yardımlar gibi ücret eki niteliğindeki ödemelerin tele çalışma döneminde de ödenmesi gerekir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca, prim ve ikramiye gibi ücret eklerinin işyerinde fiilen çalışan işçilerle arasında farklı bir uygulama yapılmasını gerektirecek haklı bir neden bulunmadığından bahisle, tele çalışan işçilere de aynı şekilde ödenmesi gerekir. Ancak işyerinde fiilen çalışan işçiler ile tele çalışanlar arasında farklılık oluşturan, bir diğer ifadeyle farklı uygulamalar yapılması için haklı gerekçeler bulunan durumlarda ise işveren tarafından, işçilerin işyerine gelmeleri sebebiyle sunulan yol, yemek yardımı gibi sosyal yardımlarda kesinti yapılması, iş sözleşmesinin ihlali veya eşit davranma borcuna aykırılık olarak nitelendirilmemelidir.

Esasen işçinin ücretinde olduğu gibi ücret eklerinde yapılan değişiklikler de esaslı değişiklik olarak değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda tele çalışan işçi açısından aynı veya nakdi yemek yardımı ile nakdi yol yardımlarının kesilmesi durumları, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliği teşkil ederek İşK. m. 22 hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir.

Tele çalışmadan doğan giderlerin karşılanması, İşK. m. 14 ve UÇY m. 8 uyarınca taraflarca iş sözleşmesiyle düzenleneceği öngörülmüştür. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca, işçinin iş görme sürecinde yaptığı giderlerin sadece iş sözleşmesiyle düzenleneceğinin öngörülmesi, eksik bir düzenleme niteliğinde olup işverenle işçinin bu konuyu iş sözleşmesinde kararlaştırmamış olması halinde sorunun ne şekilde çözüleceği belirsiz bırakılmıştır. İşverenlerin tele çalışmada giderleri ödeme borcu hususunda öğretilerdeki görüşlere yukarıda detaylı olarak yer verilmiş olmakla birlikte, yapılan bir anket çalışmasında konunun uygulamadaki karşılığının oldukça farklı olduğu ve işverenlerin bu gibi masrafları kısmen veya tamamen üstlenmekte oldukça zayıf olduğu anlaşılmaktadır.

Son olarak tele çalışmadan doğan giderlerin giydirilmiş ücrete dahil olup olmaması durumu ele alındığında ise, işin tele çalışma şeklinde görülmesinden doğan ve işveren tarafından kısmen veya tamamen yahut götürü biçimde karşılanan telefon, internet, ısınma, elektrik faturaları vb. giderlerin de devamlılık unsurunu sağlaması şartıyla giydirilmiş ücrete dahil edilmesi gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte genel olarak ücretten bahsedilebilmesi için işçiye bir kazandırmanın sağlanmış olması gerektiğinden, örneğin iş görmesi için işçiye verilen iş ekipmanları, iş elbisesi, bilgisayar vb. araçlar ise ücret niteliğinde olmadığından giydirilmiş ücrete dahil edilmemektedir. Bu hususlar gözetilerek belirlenen giydirilmiş ücret de ilgili hükümler gereğince ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatlarının hesabında ve fesih bildiriminin süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesinde esas alınacaktır.

Ücret ekleri hususunda İşK. m. 21 uyarınca, işverence işçinin işe başlatılmaması halinde kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesine ilişkin hesaplamada ise farklı bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu hususta Yargıtay, boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda, yakacak yardımı gibi para ile ölçülebilen hakların dahil edilmesi gerektiğini öngörmüştür. Ancak aynı durumun yemek yardımı için söz konusu olmadığı zira işverence işyerinde işçilere yemek verilmesi halinde, işçinin dört aylık boşta geçirdiği süre içinde bu yemek yardımından yararlanması mümkün olmayıp bu durumda işçinin, dört aylık zaman dilimindeki yemek ihtiyacını kendi maddi imkanlarıyla sağlamak ve yemek yardımının eksilmesiyle oluşan boşluğu kendisi ikame etmek zorunda kaldığı vurgulanmıştır. Samsun BAM 8.HD.’nin yukarıda verilen kararına konu olan “evden çalışma gider ödemesi”nin içeriği karardan anlaşılmasa da kanaatimizce Yargıtay’ın görüşleri de dikkate alınarak tele çalışmadan kaynaklanan bu gibi giderlerin boşta geçen süre ücretine ilavesi konusunda gözetilmesi gereken husus, işçinin fiili çalışmasıyla ortaya çıkıp çıkmamasıdır. Bu doğrultuda kanımızca ilgili BAM kararına konu olan “evden çalışma gider ödemesi”nin içeriğinin işçinin fiili çalışmasıyla ortaya çıkan bir gider olması halinde davacının boşta geçen süre ücretine eklenmemesi yerinde olacaktır. Bu kapsamda örneğin tele merkez esaslı veya gezici tele çalışma yapılması durumlarında, işverence sağlanan servis yardımının parasal değeri boşta geçen süre ücretine ilave edilmemelidir zira burada tele çalışan işçinin fiilen çalışmadığı dönemde servisle işe götürülüp getirilmesi söz konusu olmayıp bu halde işçinin pozitif manada bir gelir kaybı olmadığı gibi, tasarruf edemediği yahut malvarlığından eksilen bir miktar da bulunmayacaktır. Ancak tele çalışan işçinin, işveren tarafından kısmen veya tamamen yahut götürü biçimde karşılanan bunun dışında kalan yemek, yakacak yardımı, faturalar vb. giderlerinin ise bu bağlamda boşta geçen süre ücretine dahil edilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

Akın L, “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri” (2020) 3 (34) Çimento İşveren Dergisi, 16-71.

Akın L, “Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan / Evden Çalışma ve Olası Sonuçları” Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal 2021) 261-300.

Alkan Meşhur HF, “Geleceğin Çalışma Biçimi Tele Çalışmaya İlişkin Yaklaşımlar” (2007) Akademik Bilişim’07 - IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 265-272.

Alp M, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)” Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.1 (Beta 2011) 795-854.

Alp M, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (Seçkin 2005).

Arslan Ertürk A, *İş Sözleşmesinde Şekil*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Aydın U, “Covid-19 Pandemisi: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri” (Covid-19) (2020) 6(2) İAÜHFD 181-214.

Aydın U, “Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi” (Tele Çalışma), Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan (Legal 2008) 351-376.

Aydın U, *Bireysel İş Hukuku (İş)*(Genişletilmiş Güncellenmiş 7. Baskı, Özgür Basımevi, 2023).

Aydınöz G, *İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014.

Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (Beta 2021).

Baycık G, Doğan S, Dulay Yangın D ve Yay O, “COVID 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespitler ve Öneriler” (2021) (3) Çalışma ve Toplum 1683-1727.

Baysal U, “İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması” (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 65-75.

Berkün S, *Özürülülerin İstihdamında Ev Esaslı Tele Çalışma (Evde Tele Çalışma): Bursa İli Belediyelerinden Örnekler* (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Yayınları, 2013).

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, “Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku’nda Mukayeseli Bir Değerlendirme” Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Tam Metin Bilirdi Kitabı (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020).

Canbolat T ve Kayırgan H, “Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları” (2020) 5(1) ÇÜHFD 637-688.

Civan OE, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/ Tele Çalışma)” (2010) 7 (26) Legal İSGHD 525-573

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 36. Baskı Beta Yayınları 2023).

Çil Ş, *Koronavirüs Salgınunun İş Hukukuna Etkileri* (Yetkin 2020).

Çopuroğlu Ç, *Ücret ve Korunması* (Turhan Kitabevi 2013).

Dulay D, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma* (Turhan 2016).

Dulay Yangın D, “6715 Sayılı Yasa’nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi” (2016) (36) Sicil İş Hukuku Dergisi 148-171.

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (On İki Levha 2022).

Erdem Z, *Tele Çalışma* (Filiz 2004).

Ergüneş Emrağ S, “4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma” (2016) 13 (51) Legal İSGHD 1411-1443.

Erol A, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru* (Seçkin 2020).

Eyrenci Ö ve Bakırcı K, *Dünyada ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme* (İstanbul Ticaret Odası 2000).

Eyrenci Ö, “Tele-Çalışma ve İş Hukuku” (1991) 1(2) İş Hukuku Dergisi 199-209.

Fırat C, *Basın İş Hukukunda Uzaktan Çalışma ve Dijitalleşme*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.

Hekimler A, “Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: Covid-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Genel Bir Değerlendirme” *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı* (Legal 2021) 215-260.

ILO, *Teleworking During The Covid-19 Pandemic and Beyond A Practical Guide* (International Labour Office, Geneva, 2020b).

İnal B, *Uzaktan Çalışma*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek-lisans Tezi, 2021.

Kandemir M, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma* (Legal 2011).

Karaçöp E, (Haziran 2020) “Covid-19 Pandemisi Sürecinde Uzaktan Çalışma”, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni 14-24.

Karal Y, *Bilgi ve İletişim Teknolojileri Aracılığıyla Uzaktan Çalışma* (Pegem Akademi 2022).

Kayırgan H, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler* (On İki Levha 2019).



Kılıç G, “Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evden Çalışmadan Farkı” (2020) 15(164) Terazi Hukuk Dergisi 805-819.

Manav Özdemir E ve Urhanoğlu İ, “Türk İş Hukukunda Ücretin Güvencesi” (2022) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 1437-1472.

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (Güncelleştirilmiş 7. Baskı Lykeion Yayıncılık 2022).

Nilles JM, “Telecommunications and Organizational Decentralisation” (1975) 23 (10) IEEE Transactions on Communications, 1142-1147.

Nilles JM, *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow*, (Willey New York 1976).

Özdemir E, “Uzaktan Çalışma Yönetmeliği Karşısında Tele-Çalışma” (Mayıs 2021) 35(3) Çimento İşveren Dergisi 8-41.

Polat Y, “Covid-19 Salgınının Çalışma Biçimine Etkisi: Hibrit Çalışma” (2023) 23(2) Akdeniz İİBF Dergisi 163-172.

Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (Yetkin 2022).

Soysal T, “Tele Çalışma” (2006) 3(9) Legal İSGHD 133-165.

Sümer HH ve Kayırgan H, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin 2022).

Sümer HH, *İş Hukuku* (26. Baskı Seçkin Yayıncılık 2022).

Süzek S, *İş Hukuku* (23. Baskı Beta 2023).

Tan G, *Atipik Çalışma Sözleşmelerinden Evde Çalışma ve Tele Çalışma*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

Terzioğlu A ve Kahraman Usta H, “Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanması” (2021) 18(72) Legal İSGHD 1513 – 1542.

Urhanoğlu İ ve Kaynar D, “Deprem ve Diğer Doğal Tehlikelerin İş Sözleşmesine Etkileri” (Ocak 2024) 15(57) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 433-482.

Urhanoğlu İ ve Köken H, *Şemalarla Bireysel İş Hukuku* (Adalet, Ankara 2021).

Üner BG, “Bir Esnek Çalışma Türü Olarak Tele Çalışma” (Ocak-Şubat 2022) 13(25-26) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-146.

Yiğit E, “Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları” (2021) 3(2) TAÜHFD 135-154.

Yorulmaz Ç, “Türk İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Kapsamında Yeni Koronavirüs Salgınının Değerlendirilmesi” (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1343-1382.

[https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66494/pandemi.html#:~:text=Bir%20hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20veya%20enfeksiyon%20etkeninin,DS%C3%96\)%%20taraf%C4%B1ndan%20pandemi%20ilan%20edilmi%C5%9Ftir.](https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66494/pandemi.html#:~:text=Bir%20hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20veya%20enfeksiyon%20etkeninin,DS%C3%96)%%20taraf%C4%B1ndan%20pandemi%20ilan%20edilmi%C5%9Ftir.)

https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfsa_chomp/default/table?lang=en

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:::12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322

https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf

<https://www.sthukuk.com/wp-content/uploads/2021/06/Is-Hukuku-Guncel-Yargitay-Uygulaması-19.04.2021.pdf>

<https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1979/09/02/working-at-home-can-save-gasoline/ffa475c7-d1a8-476e-8411-8cb53f1f3470/>

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c016/tbm-m26016085ss0170.pdf>





A series of horizontal dotted lines for taking notes, spanning the width of the page.





A series of horizontal dotted lines for writing notes, spanning the width of the page.



KAMU HUKUKU

- ANAYASA YARGISI KARŞISINDA PARLAMENTO EGEMENLİĞİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK**
Rethinking Parliamentary Sovereignty Against Constitutional Adjudication
Aslan DELİCE
- VERGİ KANUNLARINDA TİCARİ TEAMÜLE YAPILAN ATIFLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**
A Review on Mentions of Commercial Practices in Tax Law
Zeynep MÜFTÜOĞLU
- ULUSLARASI CEZA MAHKEMESİ TARAFINDAN YÜRÜTÜLEN SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ: FİLİSTİN DEVLETİ'NDEKİ DURUM ÖRNEĞİ**
Expanding the Investigation by The International Criminal Court: Example of the Situation in Palestine
Tuba KELEP PEKMEZ
- KAMU PERSONELİ İSTİHDAMINDA KULLANILAN SÖZLÜ SINAVIN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ**
The Judicial Review of the Legality of Oral Examinations in Public Personnel Recruitment
Ömür Kadri SARI
- OLAĞANÜSTÜ BİR DENETİM YOLU OLARAK KANUN YARARINA BOZMA**
Reversal in Favor of the Administration of Justice as an Extraordinary Way of Control
Uğur İHTİYAROĞLU
- ŞEHİR İÇİ RAYLI ULAŞIM SİSTEMLERİ VE METRO PROJELERİNİN MERKEZİ İDARE TARAFINDAN DEVRALINMASI VE ÜSTLENİLMESİ**
Takeover and Undertaking of Urban Rail Transportation Systems and Metro Projects by the Central Administration
Muhammed GÖÇGÜN
- 5651 SAYILI KANUN'UN İNTERNET ADRESLERİNE ERİŞİMİN ENGELLENMESİNE İLİŞKİN 9. MADDESİNİN İPTALİ VE ÖNERİLER**
Annulment of Article 9 of Law No. 5651 on Blocking Access to the Internet Addresses and Recommendations
İsmail DEMEZ
- DARÜ'L-HİKMETİ'L-İSLAMİYE VE ÜYELERİNİN AHLAK KONUSUNDA KALEME ALDIĞI MAKALELER**
Darü'l-Hikmeti'l-Islamiye and Articles Written by its Members on Morality
Yılmaz YURTSEVEN; Hüseyin Ömer ADAGİDELİ
- PIERRE BOURDIEU DÜŞÜNÇESİNDE MODERN DEVLETİN BİLEŞENİ OLARAK SEMBOLİK SERMAYE VE EGEMENLİK İLİŞKİSİ**
Symbolic Capital as Component of the Modern State in the Thought of Pierre Bourdieu and its Relationship with Sovereignty
Alper IŞIK

ÖZEL HUKUK

- BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ HUKUK DAİRELERİNİN 2016-2022 YILLARINDAKİ ETKİNLİĞİNİN ANALİZİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ**
Analysis and Evaluation of the Effectiveness of the Civil Divisions of the Courts of Appeal for the Years 2016-2022
Tolga AKKAYA; Filiz TEPECİK; Gökçe VAROL KARAOŞMANOĞLU; Onur TABAK
- İNGİLİZ SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA "TİCARİ SAĞDUYU"**
"Commercial Common Sense" under English Contract Law
Fatih Buğra ERDEM
- BİYOMETRİK VE GENETİK VERİLERİN KORUNMASI KONUSUNDA AVRUPA KONSEYİ'NİN GENEL YAKLAŞIMI**
General Approach of the Council of Europe on the Protection of Biometric and Genetic Data
Songül ATAK
- GEÇİCİ İTHALAT YOLUYLA ÜLKEYE GİREN YABANCI PLAKALI MOTORLU KARA TAŞITLARI VE ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI**
Foreign-Plated Motor Vehicles Entering the Country Through Temporary Importation and Compulsory Liability Insurance
Ahmet Onur ÇATAKLI
- KAT MÜLKİYETİ KANUNU KAPSAMINDA ÇOCUKLARIN ORTAK YERLERDE OYUN OYNAMA HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI SORUNU**
The Issue of Restricting Children's Right to Play in Common Areas under the Condominium Law
Ayşenur ŞAHİN CANER
- TAHKİMDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME**
An Assessment of the Competent Court for the Retrial of the Arbitral Proceedings
Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ
- HÜKÜM VE SONUÇLARIYLA ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI**
The Right to Refuse Work with Terms and Consequences
Atanur KARAAHMETOĞLU
- TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ**
Effect of Collective Bargaining Agreement on Employment Contract
Aslı NANEÇİ ARICI
- TASARIM HUKUKUNDA ÖNCEKİ KULLANIMDAN DOĞAN HAK**
Prior Use Right in Design Law
Ömer Faruk KUNTOĞLU
- ARTMİRASÇI ATAMADA GÜVENCE OLARAK TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH VERİLMESİ (TMK M 523/II)**
Put an Annotation to the Land Registry as Assurance of the Appointment of Reversionary Heir (TMK M 523/II)
Barış Can ÖZTÜRK
- UZAKTAN ÇALIŞMANIN BİR TÜRÜ OLARAK TELE ÇALIŞMA VE TELE ÇALIŞANIN ÜCRET VE ÜCRET EKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Teleworking as a Type of Remote Work and Evaluation of the Wage and Wage Supplements of the Teleworker
Ezgi ERAT

